

Wesen und Inhalt gemeindlicher Nutzungsrechte

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München*

vorgelegt von

MICHAEL VORBECK

Regierungsrat

1964

Wesen und Inhalt gemeindlicher Nutzungsrechte

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München*

vorgelegt von

MICHAEL VORBECK

Regierungsrat

1964

Referent: Staatsminister a. D. Prof. Dr. Theodor Maunz

Correferent: Prof. Dr. Siegfried Grundmann

Tag der mündlichen Prüfung (Schlußberatung): 30. Juli 1964

*HERRN REGIERUNGSDIREKTOR
WILHELM VON REBAY, ANSBACH,
IN DANKBARKEIT GEWIDMET*

VORWORT

Die öffentlichen Nutzungsrechte (=NRe) einzelner am Gemeindevermögen, mit denen sich die Bayerische Gemeindeordnung (GO) vom 25.1.1952 in Art. 68–71 befaßt, sind in zahlreichen Landgemeinden anzutreffen. Die bäuerliche Bevölkerung hängt mit zäher Beharrlichkeit an diesen alten Rechten, die aus der altbayerischen, fränkischen und schwäbischen Dorfverfassung herausgewachsen sind und weitgehend auf altem, von Ort zu Ort abweichendem Gewohnheitsrecht beruhen. Selbst die großen politischen Umwälzungen dieses Jahrhunderts haben im Gegensatz zu der Entwicklung in anderen deutschen Ländern in Bayern nicht vermocht, jene Rechte zu beseitigen; es kommt ihnen vielmehr nach wie vor große wirtschaftliche Bedeutung zu. Eine genaue Kenntnis dieser Rechte, mit denen Gesetzgebung, Staats- und Gemeindeverwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in Bayern auch künftig zu tun haben werden, ist deshalb für alle Beteiligten unerlässlich.

Die vorliegende Abhandlung will unter Verwendung der umfangreichen Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte zu den Fragen der Gemeindenutzungsrechte (=GNRe) und in Ergänzung der wenigen und vielfach nur kurzen Darstellungen dieses Ausschnittes aus dem Gemeinderecht in der juristischen Literatur dazu beitragen, einen umfassenden, der gegenwärtigen Rechtslage angepaßten Einblick in das Wesen und den Inhalt der GNRe zu geben und eine Lösung der vielen, in der Verwaltungspraxis der neueren Zeit in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme zu finden. Dabei sollen die Besonderheiten dieser dörflichen Rechte im ersten Teil der Abhandlung an Hand ihrer einzelnen Wesensmerkmale aufgezeigt werden, während der zweite Teil – bedingt durch die bunte Vielfalt des örtlichen Gewohnheitsrechtes – einer zusammenhängenden Darstellung des möglichen Inhalts solcher NRe gewidmet sein soll.



INHALT

	Seite
Abkürzungen	X
Schrifttum	XIII
Erster Teil: Das Wesen der Gemeindenutzungsrechte	1
§ 1 Gemeindenutzungsrechte sind geschichtlich begründet	1
I. Entstehung der Dorfgemeinschaft	2
II. Die alte Dorfgemeinschaft als bäuerlicher Wirtschaftsverband	2
1. Herrschaftsverhältnisse	2
2. Wirtschaftliche Verhältnisse	4
III. Entwicklung der alten Dorfgemein zur politischen Gemeinde	5
1. Vorstufen der politischen Gemeinde	5
2. Gemeindegesetzgebung 1808/1818	6
3. Die Ortschaft	6
IV. Schicksal der Allmende und der Berechtigungen daran	6
1. Allmende als Eigentum der politischen Gemeinde	6
2. Allmende als Eigentum der Rechtler (Realgemeinde)	7
3. Gemeindegroßteilungen	8
V. Behandlung der Gemeindenutzungsrechte in der neueren Gemeindegroßgesetzgebung	8
§ 2 Gemeindenutzungsrechte können nicht mehr neu begründet werden	8
I. Das Neubegründungsverbot in der Gemeindeordnung 1952	8
II. Der Zustand vor 1952	9
III. Der Umfang des Neubegründungsverbotes	9
§ 3 Gemeindenutzungsrechte setzen Titel oder Herkommen voraus	9
I. Auslegung von Art. 68 Abs. 2 Satz 1 Gemeindeordnung	9
II. Der Rechtstitel	10
1. Begriff des Titels	10
2. Die Arten des Titels	10
3. Schriftstücke, die nicht Titel sind	12
4. Alter des Titels	12
5. Verjährung	12
III. Das Herkommen	13
1. Begriff	13
2. Frühere Voraussetzungen	13
3. Gegenwärtige Voraussetzungen	13
4. Beweis für Herkommen	17
IV. Zusammentreffen von Titel und Herkommen	17
§ 4 Gemeindenutzungsrechte wurzeln in der Dorfgemeinschaft	17
I. Grundsatz	17
II. Markungsgebundenheit	18
1. Begriff	18
2. Folgen	18
3. Einfluß von Gemeindegrenzänderungen	19

III. Verbindung mit dem Anwesen als Bindeglied zur Dorfgemeinschaft	20
1. Wesen der Verbindung	20
2. Räumliche Grundlagen des radizierten Nutzungsrechts	21
3. Beschaffenheit der Hofstätte oder des Hauses	22
4. Untergang radizierter Gemeindenutzungsrechte	22
5. Nachweis der Radizierung	23
IV. Andere Bindeglieder zur Dorfgemeinschaft	23
1. Persönliche Gemeindenutzungsrechte	23
2. Gemeindenutzungsrechte einer örtlichen Einrichtung	23
3. Sonderstellung der Besoldungsleistungen	25
§ 5 Gemeindenutzungsrechte sind öffentlich-rechtlich	26
I. Geschichtliche Entwicklung	26
II. Gegenwärtige Regelung	27
1. Die öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen Rechtlern und Gemeinde	27
2. Bürgerlich-rechtliche Nutzungsrechte	27
III. Abgrenzung zwischen Nutzungsrechten öffentlichen und bürgerlichen Rechts	28
1. Vermutung	28
2. Anzeichen für öffentlich-rechtliche Natur	28
3. Anzeichen für bürgerlich-rechtliche Natur	29
4. Als Indizien unbrauchbare Unterlagen	29
5. Besonderheiten bei Weiderechten	30
IV. Überwachungsfunktion der Rechtsaufsichtsbehörden	31
V. Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten	32
1. Streitigkeiten zwischen Rechtlern und Gemeinde	32
2. Streitigkeiten der Rechtler unter sich und mit Nichtrechtlern	34
VI. Rechtsweg zu den Zivilgerichten	34
VII. Umwandlung öffentlich-rechtlicher in bürgerlich-rechtliche Nutzungsrechte	35
§ 6 Gemeindenutzungsrechte können nur an Gemeindevermögen bestehen	35
I. Die Zuordnung des belasteten Vermögens zur Gemeinde	35
1. Grundsatz der rechtlichen Zugehörigkeit zum Gemeindevermögen	35
2. Zeitliche Begrenzung	36
II. Gemeinsames Vermögen mehrerer Gemeinden	36
III. Vermögen ehemaliger Ortschaften	36
§ 7 Gemeindenutzungsrechte haben eine gewisse dingliche Natur	37
I. Die dingliche Natur der Gemeindenutzungsrechte	37
II. Sinngemäße Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften als Folge der dinglichen Natur der Gemeindenutzungsrechte	37
1. Vorschriften über die Grunddienstbarkeit	37
2. Nießbrauchsvorschriften	38
3. Vorschriften über die Reallast	38
III. Grundsätzlicher Ausschluß eines dinglichen Aneignungsrechts nach § 954 BGB	38

§ 8	Gemeindenutzungsrechte begründen ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen Gemeinde und Rechtlern	39
A.	DIE RECHTE UND PFLICHTEN DER RECHTLER IM RAHMEN DES ZWISCHEN IHNEN UND DER GEMEINDE BESTEHENDEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN SCHULDVERHÄLTNISSES	39
I.	Die aus dem Gemeindenutzungsrecht fließenden Ansprüche	39
1.	Das Bestehen eines unwiderruflichen Rechtsanspruchs auf Zuteilung von Nutzungen	39
2.	Das Verhältnis des Nutzungsanspruchs zum Gemeindebedarf	40
3.	Der Nutzungsanspruch als Naturalanspruch	41
4.	Verjährung der Einzelansprüche	42
II.	Die aus dem Gemeindenutzungsrecht entspringenden Pflichten	42
1.	Die Verpflichtung, Gegenleistungen zu erbringen	42
2.	Die Verpflichtung, Lasten und Ausgaben zu tragen	45
3.	Pflichten der Rechtler hinsichtlich der Ausübung von Gemeindenutzungsrechten	47
B.	DIE RECHTE UND PFLICHTEN DER GEMEINDE IM RAHMEN DES ZWISCHEN IHR UND DEN RECHTLERN BESTEHENDEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN SCHULDVERHÄLTNISSES	47
I.	Die Rechte der Gemeinde gegenüber den Rechtlern	47
1.	Das Verwaltungs- und Bewirtschaftungsrecht der Gemeinde	47
2.	Das Recht der Gemeinde, Gegenleistungen und Beteiligung an Lasten und Ausgaben zu verlangen	52
3.	Sonstige Ansprüche der Gemeinde	52
II.	Die Pflichten der Gemeinde gegenüber den Rechtlern	53
1.	Die Pflicht, die Nutzungen zu gewähren	53
2.	Die Pflicht der Gemeinde, in gewissen Fällen Schadensersatz zu leisten	55
C.	DIE REGELUNG DER AUSÜBUNG DER GEMEINDENUTZUNGS-RECHTE IM RAHMEN DES ZWISCHEN GEMEINDE UND RECHTLERN BESTEHENDEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN SCHULDVERHÄLTNISSES	59
I.	Regelung der Ausübung der Gemeindenutzungsrechte durch Titel oder Herkommen	59
II.	Regelung der Ausübung der Gemeindenutzungsrechte durch Vereinbarungen	60
III.	Regelung der Ausübung der Gemeindenutzungsrechte durch Gemeindegesetz	60
§ 9	Gemeindenutzungsrechte sind Sonderrechte einzelner, nicht eines Personenverbandes, kommen aber nur in der Mehrzahl vor	61
I.	Die Gemeindenutzungsrechte als Sonderrechte eines geschlossenen Kreises von Rechtlern	61
1.	Die geschichtliche Entwicklung	61
2.	Die Fähigkeit, Rechtler zu sein	62
II.	Die Gemeindenutzungsrechte als Individualrechte	63

III. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft	65
1. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft vor Bildung der politischen Gemeinde	65
2. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft nach Bildung der politischen Gemeinde	66
IV. Die Auswirkungen des Umstandes, daß Gemeindennutzungsrechte nur in der Mehrzahl vorkommen und sich auf dasselbe Objekt erstrecken	67
1. Die Ausgestaltung der Gemeindennutzungsrechte als Anteilsrechte	67
2. Unterwerfung unter Mehrheitsbeschlüsse	69
§ 10 Gemeindennutzungsrechte sind unteilbare Rechte gleichen Inhalts	71
I. Die Unteilbarkeit der Gemeindennutzungsrechte	71
1. Grundsatz	71
2. Unmöglichkeit der Teilverjährung	72
3. Teilverzicht und Teilablösung	72
II. Die Inhaltsgleichheit der Gemeindennutzungsrechte	73
1. Grundsatz	73
2. Möglichkeit verschiedener Klassen von Rechtlern	73
3. Anspruch auf Gleichbehandlung	74
§ 11 Gemeindennutzungsrechte sind vermögenswerte, eigentumsgleiche Rechte	74
I. Die geschichtliche Entwicklung	74
II. Die heutige Eigentumsgarantie	75
III. Die Auswirkung des Eigentumsschutzes bei den Gemeindennutzungsrechten	75
1. Grundsatz	75
2. Ablösung und Aufhebung von Gemeindennutzungsrechten	75
3. Sonstige Eingriffe in Gemeindennutzungsrechte	75
§ 12 Gemeindennutzungsrechte haben eine gewisse Drittwirkung	76
I. Die Geltendmachung der Gemeindennutzungsrechte gegenüber der Gemeinde	76
II. Die Ansprüche gegen Mitrechtler	77
1. Inhalt der Ansprüche gegen Mitrechtler	77
2. Natur und Rechtsgrundlage der Ansprüche gegen Mitrechtler	78
III. Ansprüche gegen Nichtrechtler	79
§ 13 Gemeindennutzungsrechte unterliegen gewissen Beschränkungen im Umfang	80
I. Die Beschränkung auf den Eigenbedarf	80
1. Der Vorteil des berechtigten Anwesens als Maßstab für den Umfang der Nutzung	80
2. Das Bauholzrecht als typisches Bedarfsrecht	82
3. Einteilung in ungemessene und gemessene Nutzungsrechte	83
4. Umwandlung	85
II. Die Beschränkung auf Nutzungen, welche im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung gewonnen werden	86
III. Die Verwendung außerordentlicher Erträge	87
§ 14 Gemeindennutzungsrechte unterliegen Beschränkungen in der Verwendung der Nutzungen	89
I. Der Grundsatz unmittelbarer Verwendung im eigenen Anwesen	89

II. Zulässigkeit anderweitiger Verwertung der Nutzungen	90
1. Umstellungen in der Land- und Forstwirtschaft	90
2. Einfluß dieser Veränderungen auf die Verwendung der Nutzungen	90
III. Die überwiegende Verwendung der Nutzungen zu land- und hauswirtschaftlichen Zwecken	91
§ 15 Gemeindenutzungsrechte unterliegen dem Rechtsverkehr	91
I. Übertragung von Gemeindenutzungsrechten	91
1. Begriff	91
2. Übertragbarkeit radizierter Gemeindenutzungsrechte vor 1952	92
3. Übertragbarkeit radizierter Gemeindenutzungsrechte nach 1952	94
4. Übertragbarkeit persönlicher Nutzungsrechte	105
5. Abtretung von Einzelansprüchen	106
II. Überlassung des Gemeindenutzungsrechts zur Ausübung an Dritte	106
1. Begriff der Überlassung des Gemeindenutzungsrechts zur Ausübung	106
2. Zulässigkeit der Überlassung des Gemeindenutzungsrechts zur Ausübung	107
III. Verpfändung und Pfändung von Gemeindenutzungsrechten	108
1. Zulässigkeit der Verpfändung und Pfändung von Gemeindenutzungsrechten	108
2. Durchführung von Verpfändung und Verwertung von Gemeindenutzungsrechten	110
3. Durchführung von Pfändung und Verwertung von Gemeindenutzungsrechten	110
4. Rechtslage zwischen Entstehung des Pfandrechts und Verwertung	110
5. Verpfändung und Pfändung von Einzelansprüchen	111
IV. Vertragliche Aufhebung von Gemeindenutzungsrechten und Verzicht auf Gemeindenutzungsrechte	111
1. Vertragliche Aufhebung	111
2. Einseitiger Verzicht	113
§ 16 Gemeindenutzungsrechte unterliegen besonderen Erlöschenstatbeständen	113
I. Die Beseitigung von Gemeindenutzungsrechten vor 1952	114
1. Zustand bis zum Inkrafttreten der Gemeindeordnung 1927 am 1. 4. 1928	114
2. Die Regelung der Gemeindeordnung 1927	114
3. Die Regelung der Verordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung 1937	115
II. Die Ablösung von Gemeindenutzungsrechten nach Art. 70 Gemeindeordnung 1952	115
1. Begriff der Ablösung	115
2. Rechtsnatur der Ablösung	116
3. Die Voraussetzungen der Ablösung im einzelnen	117
4. Sonderfälle der Ablösung	119
5. Die Entschädigung	120
6. Die Wirkung des Verwaltungsakts der Ablösung	122
7. Rechtsweg für Ablösungsstreitigkeiten	122
8. Die Erfüllung der Ablösungsvereinbarungen	124
III. Die Aufhebung von Gemeindenutzungsrechten nach Art. 71 Gemeindeordnung	125
1. Begriff der Aufhebung nach Art. 71 Gemeindeordnung	125
2. Die Voraussetzungen der Aufhebung nach Art. 71 Gemeindeordnung	126

3. Umfang und Folgen der Aufhebung nach Art. 71 Gemeindeordnung	127
4. Die Entschädigung bei Aufhebung nach Art. 71 Gemeindeordnung	127
5. Aufhebungsstreitigkeiten	128
IV. Die Enteignung von Gemeindennutzungsrechten nach allgemeinen Vorschriften	128
V. Das Erlöschen von Gemeindennutzungsrechten durch Nichtausübung	129
Zweiter Teil: Der Inhalt der Gemeindennutzungsrechte	129
§ 17 Allgemeine Grundsätze über den Inhalt der Gemeindennutzung	129
I. Der ursprüngliche Inhalt der Gemeindennutzung	129
II. Der gegenwärtige Inhalt der Gemeindennutzung	130
1. Gegenständliche Beschränkung der Gemeindennutzungsrechte	130
2. Beschränkung nach dem Inhalt der gewährten Befugnisse	134
§ 18 Die Einzelbefugnisse der Gemeindennutzungsrechte	135
I. Das Holznutzungsrecht	135
1. Brennholznutzung	136
2. Nutzholz- und Bauholznutzung	136
3. Werkholznutzung	137
4. Lohrinde- und Harznutzung	137
II. Das Weiderecht	137
1. Begriff und Inhalt des Weiderechts allgemein	137
2. Kreis der Weidetiere	138
3. Weideflächen	138
III. Das Grasnutzungsrecht	139
IV. Das Ackernutzungsrecht	139
V. Das Streurecht	139
VI. Das Obst- und Geäckerichtsrecht	139
1. Obstbaumnutzung	139
2. Wildobst-, Eichel- und Bucheckernnutzung	140
VII. Das Fischnutzungsrecht	140
1. Fischnutzungsrechte an gemeindlichen Gewässern	140
2. Fischnutzungsrechte an gemeindlichen Fischereiberechtigungen	141
VIII. Das Bodenbestandteilsnutzungsrecht	141
1. Grundsatz	141
2. Arten der Bodenbestandteilsnutzung	142
IX. Zusammentreffen mehrerer Nutzungsbefugnisse	142
§ 19 Die Bestimmung des Inhalts der Gemeindennutzungsrechte	143
I. Bestimmung des Inhalts durch Titel oder Herkommen	143
II. Ergänzende Heranziehung allgemeiner Grundsätze und Rechtsnormen	143
III. Inhaltsbestimmung durch Vereinbarung	144
IV. Unzulässigkeit einer Inhaltsbestimmung durch die Gemeinde	144
§ 20 Änderung des Inhalts von Gemeindennutzungsrechten	144
I. Grundsatz der inhaltlichen Unabänderlichkeit von Gemeindennutzungsrechten	145
1. Änderungen in der Bewirtschaftung der belasteten Grundstücke	145
2. Erschließung zusätzlicher Erträge	146
II. Wandlung des Inhalts von Gemeindennutzungsrechten in Ausnahmefällen	146
1. Kultivierung von Weideland	146
2. Bildung neuen Herkommens	146
3. Umwandlung von Holznutzungsrechten	147
4. Inhaltliche Einengung	147
Schlußwort	148
Zusammenstellung älterer, im Zusammenhang mit Gemeindennutzungsrechten heute noch gebräuchlicher Ausdrücke	150

ABKÜRZUNGEN

a. a. O.	= am angeführten Ort
AGBGB	= Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9. 6. 1899 (BayBS III S. 89)
AGVwGO	= Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 28. 11. 1960 (GVBl. S. 266)
a. M.	= anderer Meinung
AnglVO	= Bayerische Angleichungsverordnung zur Deutschen Gemeindeordnung vom 1. 4. 1935 (GVBl. S. 180)
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. 6. 1794
BayBgm	= Zeitschrift „Der Bayerische Bürgermeister“
BayBS	= Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BayBSVI	= Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staatsministeriums des Innern
BayGemVZ	= Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung (1920–1941)
BayLR	= Bayerisches Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) 1756
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	= Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayStrWG	= Bayerisches Straßen- und Wegegesetz vom 11. 7. 1958 (GVBl. S. 147, ber. S. 192 und 316)
BayVfGH	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (vereinigt mit der amtlichen Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs)
ber.	= bereinigt
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGHZ	= Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlAdmPrax	= Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege (1851–1922); später: Bayerische Verwaltungsblätter (BVBl.)
BV	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946
BVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
DO	= Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 (RGBl. I S. 49)
Döll.V.S.	= Döllinger - Strauß, Sammlung der im Gebiet der Inneren Staatsverwaltung des Königreiches Bayern bestehenden Verordnungen
Einl.	= Einleitung
ff.	= folgende
FiG	= Fischereigesetz vom 15. 8. 1908 (BayBS IV S. 453)
FoG	= Forstgesetz vom 4. 7. 1896 (BayBS IV S. 533)
FRG	= Gesetz über die Forstrechte vom 3. 4. 1958 (GVBl. S. 43, ber. S. 68)

„Fundstelle“	= Die Fundstelle, Erläuterungen und Fundstellennachweis zu allen wichtigen Vorschriften für die bayerische Gemeindeverwaltung, herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Mayer, R. Boorberg Verlag, München
GBI.	= Gesetzblatt
GBO	= Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897 (RGBl. S. 139)
GE 1808	= Edikt über das Gemeindewesen vom 24. 9. 1808 (RegBl. 1808 S. 2405)
GE 1818/34	= Revidiertes Gemeindeedikt vom 17. 5. 1818 (GBI. S. 49), neugefaßt durch das Gesetz vom 1. 7. 1834 (GBI. S. 109)
GEG	= Gesetz über die Enteignung aus Gründen des Gemeinwohls vom 1. 8. 1933 (BayBS I S. 207)
Gem.	= Gemeinde
GO 1869	= Bayerische Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins vom 29. 4. 1869 (GBI. 1866/1869 S. 865)
GO 1927	= Gemeindeordnung des Freistaats Bayern vom 17. 10. 1927 (GVBl. 1927 S. 293), in Kraft seit 1. 4. 1928
GO (GO 1952)	= Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. 1. 1952 (BayBS I S. 461)
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1)
GNR	= Gemeindennutzungsrecht
GVBl.	= Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
h. L. (h. M.)	= herrschende Lehre (herrschende Meinung)
HNR	= Holznutzungsrecht
IME	= Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern
Kom.	= Kommentar
Lkr.	= Landkreis
MABl.	= Ministerialamtsblatt der bayerischen Inneren Verwaltung
ME	= Ministerialentschließung
Mfr.	= Mittelfranken
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NR	= Nutzungsrecht
NRVO	= Verordnung über die Ablösung und Aufhebung von Nutzungsrechten vom 12. 8. 1953 (BayBS I S. 476)
RegBl.	= Regierungsblatt für das Königreich Bayern
Reg. v. Mfr.	= Regierung von Mittelfranken
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
SchBG	= Schulbedarfsgesetz vom 11. 1. 1939 (BayBS II S. 588)
Tbc	= Tuberkulose
u. U.	= unter Umständen
VA	= Verwaltungsakt
Verz.	= Verzeichnis
VG	= Verwaltungsgericht
VGG	= Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. 9. 1946 (GVBl. S. 281)
VGH	= Verwaltungsgerichtshof; Sammlung von Entscheidungen des (Königlich) Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes 1880–1944

VGH n. F.	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH n. F.) ab 1947
VO	= Verordnung
VO 1937	= Verordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung vom 30. 7. 1937 (RGBl. S. 876)
Vorbem.	= Vorbemerkung
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17)
VwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung von Ziegler, C. H. Beck Verlag
WeideG	= Gesetz über die Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden vom 28. 5. 1852 (BayBS IV S. 354)
ZAG	= Gesetz, die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend, vom 17. 11. 1837 (BayBS I S. 203)
ZPO	= Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877
ZVG	= Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 (RGBl. S. 97)

SCHRIFTTUM

Die in der folgenden Abhandlung enthaltenen Literaturhinweise geben nur den Namen des Verfassers und die Seitenzahl sowie bei Kommentaren die Nummer der Anmerkung an. Um welches Werk es sich jeweils handelt, ist aus der untenstehenden Aufstellung der benutzten Literatur ersichtlich:

I. Kommentare

BAUMBACH - LAUTERBACH	Zivilprozeßordnung, 26. Auflage, 1961
EYERMANN - FRÖHLER	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, 1960
HELMREICH - WIDTMANN	Bayer. Gemeindeordnung, 2. Auflage, 1959, nebst Ergänzungsband 1960
HEUSER - SEMMLER	Gemeindeordnung 1952, Verlag „Die bayerische Ge- meinde“, München 1952, 1. Auflage
KAHR	Bayer. Gemeindeordnung für die Landesteile dies- seits des Rheins (1869), 1. Band, München 1896
KOEHLER	Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt 1960
LAFORET - JAN - SCHATTENFROH	Bayer. Gemeindeordnung 1927, 1931
MASSON	Bayer. Kommunalgesetze, Gemeindeordnung, 2. Auf- lage, 1961
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München und Berlin 1959
SCHMIDT	H. D. Schmidt, Fischereigesetz für Bayern, 2. Auf- lage, 1909
SCHUNCK - DE CLERCK	Verwaltungsgerichtsordnung, Verlag Reckinger & Co., Siegburg, 1961
SOERGEL - SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, 1959
STAUDINGER	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auf- lage, 1957
SURÉN - LOSCHOLDER	Die Deutsche Gemeindeordnung 1935, 2. Band, 1940
WIDTMANN - WILHELM	Gemeindeordnung 1952, Kommentar in „Bickel - von Bergen, Die Praxis der Gemeindeverwaltung“, Teil I, B, 1
WOERNER	Kommentar zur Bayer. Gemeindeordnung 1927, Mün- chen 1931

II. Lehrbücher

MANG (HEIGL)	Mang, Verwaltungsrecht in Bayern, 1. Band, 1952 (Abschnitt über die GNRe, S. 269 ff., bearbeitet von Heigl)
MANG - MAUNZ - MAYER - OBERMAYER	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 1962 (Ab- schnitt über die GNRe, S. 282 ff., bearbeitet von Obermayer)
MAUNZ	Deutsches Staatsrecht, 13. Auflage, C. H. Beck Ver- lag, München und Berlin 1964

III. Monographien und Aufsätze

- BAYER** Rechtsanwalt Adolf Bayer, Der 300jährige Burgsinner Waldprozeß, Schriftenreihe zur Geschichte der Stadt Lohr, des Spessarts und des angrenzenden Frankenlandes, Heft 7, 1961 (Regierungsbibliothek Ansbach)
- BOG** Ingomar Bog, Dorfgemeinde, Freiheit und Unfreiheit in Franken, Gustav Fischer Verlag, Stuttgart 1956
- DÖBERL** Entwicklungsgeschichte Bayerns, 3. Band
- GEISSENDÖRFER** Dr. Ed. Geißendörfer, Die Agrarverfassung des fränkischen Gollachgaues in der letzten Periode der Feudalzeit, 1931
- HIRSCHMANN** Dr. Gerhard Hirschmann, Die Entwicklung der Gemeinde Oberhochstatt seit dem 9. Jahrhundert, Weißenburg 1951 (Verlag des „Weißenburger Tagblatts“)
- ILLIG** Dr. Ludwig Illig,
 a) Die Gemeinde- und Ortsnutzungsrechte in Bayern, abgedruckt in BayGemVZ Nr. 17 vom 10. 6. 1937
 b) Die Behandlung der Nutzungsrechte in der neuen Gemeindeordnung, abgedruckt in BayBgm 1953, S. 29 ff., 63 ff., 1954 S. 153 ff., 175 ff., 201 ff.
 c) Die Nutzungsrechte am Gemeindevermögen in Bayern, abgedruckt in „Bickel - von Bergen, Die Praxis der Gemeindeverwaltung“, 1953, Teil II, D, 6
 Hinweise auf Illig ohne Zusatz beziehen sich auf die letztgenannte Abhandlung.
- KIEFERSAUER** Dr. Fritz Kiefersauer, Gemeindenutzungen, 1920, Bayer. Kommunalchriftenverlag GmbH, München
- MAYER** Rechtsanwalt Dr. Ernst Mayer, Nutzungsrechte am Gemeindevermögen, Sonderheft 310 der „Fundstelle“ (Vorschriftensammlung für die Bayer. Gemeindeverwaltung), Richard Boorberg Verlag, München 1953
- MEISNER** Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 1951 (S. 428 ff. über Weiderechte)
- MÜLLER - BURGER** Die Solnhofen Plattenindustrie in Vergangenheit und Gegenwart, Leipzig und Erlangen 1926
- PAGENKOPF** Einführung in die Kommunalwissenschaft, Münster 1960
- RIENECKER** Wallmersbach, ein Bauerndorf im fränkischen Gollachgau, Verlag Ph. C. W. Schmidt, Neustadt an der Aisch, 1951
- SCHMID** Anton Schmid, Gemeinschafts- und Gemeinderechte im altbayerisch-schwäbischen Gebiet, abgedruckt in Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte, München, 4. Jahrgang, 1931, S. 367 ff.
- SCHMIDT** Georg Schmidt, Die Wendelsteiner Holzmark, Verlag der Hochschulbuchhandlung Kresche & Co., Nürnberg 1935

- ZIMMERMANN Gedanken zur Frage der Gemeindenutzungsrechte, abgedruckt in BayBgm 1950, S. 148/149

IV. Dissertationen

- KOSSMANN Die Schafgemeinden im Amtsgerichtsbezirk Dinkelsbühl als Realgemeinden im Sinne des Art. 164 EGBGB, Erlangen 1951
- SCHMELZ Das Holznutzungsrecht im bayerischen Gemeinde-recht, Würzburg 1959
- SCHRÖTTER Die rechtliche Natur der sogenannten Gemeinde-nutzungen in Bayern, Erlangen 1933
- STADLER Das Weiderecht mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im ehemaligen Markgrafentum Ans-bach, Erlangen 1915

V. Zeitschriften

- Der Bayerische Bürgermeister (BayBgm)
- Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung (BayGemVZ) 1920–1941
- Bayerische Verwaltungsblätter (BVBl.)
- (Vor 1922: Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege – Bl-AdmPrax –)
- „Fundstelle“, Erläuterungen und Fundstellennachweis zu allen wichtigen Vor-schriften für die bayerische Gemeindeverwaltung, Richard Boorberg Verlag, München
- Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

VI. Entscheidungssammlungen

- Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landes-gerichts in Zivilsachen (BayObLGZ)
- Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil-sachen (BGHZ)
- Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (VGH, VfGH), neue Fassung ab 1947
- Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (VwRspr.), C. H. Beck

VII. Sonstige Unterlagen

- Schrift „Der Landkreis Scheinfeld“ in der Reihe „Die Landkreise Bayerns“, Scheinfeld 1950
- Akten des Verwaltungsgerichts Ansbach
- Akten der Regierung von Mittelfranken
- Akten des Landratsamts Weißenburg i. B.

ERSTER TEIL

Das Wesen der Gemeindenutzungsrechte

Das Wesen der GNRe wird herkömmlich wie folgt zusammenfassend umschrieben:

GNRe sind im öffentlichen Recht wurzelnde, auf dem Gemeinde- oder früheren Ortsverband beruhende Berechtigungen, die bestimmten Anwesensbesitzern, u. U. auch anderen Berechtigten, als den sogenannten Rechtlern auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Dorfgemarkung das unwiderrufliche und ausschließliche, im Verwaltungsrechtsweg verfolgbare Recht verleihen, auf Grund eines besonderen öffentlichen Titels oder rechtsbegründeten Herkommens bestimmte Grundstücke, die im Eigentum der Gemeinde stehen oder an denen die Gemeinde ein dingliches Recht besitzt, zur wirtschaftlichen Ergänzung des eigenen Anwesens oder Haushalts regelmäßig wiederkehrend zu nutzen¹.

Diese Beschreibung vermag jedoch das Wesen der GNRe infolge der vielen Eigenarten, die sie von anderen subjektiven Rechten des bürgerlichen und öffentlichen Rechts unterscheiden, nur unvollkommen zu erfassen. Die Wesensmerkmale der GNRe, von denen in diesem Teil der Abhandlung die Rede sein wird, sind zu vielgestaltig, als daß sie sich in einem einzigen Satze ausdrücken ließen.

Im übrigen muß bei Erörterung der Wesensmerkmale beachtet werden, daß die Bezeichnung „Nutzungsrecht“ nicht nur für das dörfliche GNR als solches, sondern mitunter auch für die einzelnen, daraus entspringenden Teilbefugnisse (z. B. Weiderecht und Brennholzrecht als Teile eines einheitlichen GNRes) verwendet wird.

§ 1 Gemeindenutzungsrechte sind geschichtlich begründet

Kennzeichnend für das Wesen der GNRe ist, daß nicht nur die Einrichtung als solche, sondern zumeist auch die einzelnen NRe geschichtlichen Ursprungs sind und sich bis zurück ins Mittelalter, ja mitunter bis auf die Anfänge der Besiedlung zurückverfolgen lassen. Allerdings verlangt die Anerkennung eines GNRes nicht, daß sich die geschichtliche Entwicklung im Einzelfall nachweisen läßt². Im übrigen bietet die Geschichte, besonders in Franken, ein derart buntes Bild, daß die oft gehörte Behauptung, die NRe am unverteilten Gemeindeland (Allmende) seien bei der Landnahme durch einen genossenschaftlichen Verband freier Grundeigentümer, der zugewiesenes oder als herrenlos vorgefundenes Land gemeinschaftlich in Besitz genommen und

¹ Vgl. VGH 38/61, VGH 51/41, VGH n. F. 9/105; ferner Helmreich-Widtmann, Anm. 1 zu Art. 68 GO; Mang (Heigl) S. 269 und Illig S. 35

² Vgl. VGH 37/142

bewirtschaftet habe (sogenannte Markgenossenschaft), entstanden, in dieser allgemeinen Form nicht angenommen werden kann³. In Wirklichkeit konnten

GNRe vorkommen, die dann nicht den Bestimmungen des Gesetzes dargelegt wird.

I. Entstehung der Dorfgemeinschaft

Die Besiedlung Altbayerns und Frankens geschah auf verschiedene Arten. In manchen Gegenden kamen im 6. und 7. Jahrhundert fremde Heeresverbände und Siedler ins Land und gründeten in bisher unbewohnten Gebieten Dörfer oder Gehöfte, die erst später zu Ortschaften heranwuchsen. Diese Form der eigenen Landnahme ging z. B. von königlichen Gefolgsleuten der Franken aus, die sich und ihre Leute sesshaft machen wollten⁴. Anderenorts knüpften die fremden Eindringlinge an schon vorhandene Siedlungen der unterworfenen einheimischen Bevölkerung an, oder es entstanden um einen schon vorhandenen Mittelpunkt wie z. B. einen fränkischen Königshof, eine Burg oder ein Kloster herum neue Siedlungen⁵. Der Raum einer solchen dörflichen Siedlung wird Mark oder Gemarkung genannt. Zuweilen bildeten auch mehrere Dörfer, die sich als Gemeinschaft betrachteten und gemeinschaftlichen Besitz hatten, eine Großmark, die oft später wieder in Einzelmarken zerfiel⁶.

II. Die alte Dorfgemeinschaft als bäuerlicher Wirtschaftsverband

1. Herrschaftsverhältnisse

Schon mit dem Beginn der Bodenkultur hatte jedes Gebiet seinen Herrn, was sich auch auf die Allmendenutzung auswirkte.

a) Reichsgewalt

Nur in den Anfängen des Karolingerreiches übten kaiserliche Beamte die öffentliche Gewalt in der Dorfgemeinschaft aus⁷. Später nahm die Reichsgewalt keinen unmittelbaren Einfluß auf die dörflichen Verhältnisse, soweit es sich nicht um reichsfreie Bauern handelte. Nur auf den Reichstagen wurden zuweilen dörfliche Streitigkeiten geschlichtet.

b) Landesherr

Mit dem Schwinden der Reichsgewalt im Mittelalter erstarkten die bayerischen und fränkischen Stammesfürsten zu mächtigen Territorialherren (vgl. die bayerischen Herzöge und die fränkischen Markgrafen von Ansbach und Bayreuth). Diese Landesherrn übten die hohe Gerichtsbarkeit aus, halfen den Bauern oft gegen ihre Grundherren und verschenkten häufig ganze Ortschaften samt allen Bewohnern⁸.

³ Siehe Bog S. 3 gegen die von Mang (Heigl) S. 266; Helmreich-Widtmann, Anm. 1 vor Art. 68 ff. GO; Hölzl-Rollwagen, Vorbem. vor Art. 68 ff. GO; Illig S. 7-9; Laforet, Anm. 1b zu Art. 33 GO 1927; Kahr, Vorbem. 1 vor Art. 26 ff. GO 1869 und VGH 36/199 vertretene These.

⁴ Näheres bei Geißendörfer S. 22 und Bog S. 20

⁵ Vgl. Bog S. 43

⁶ Vgl. Geißendörfer S. 22 und 40

⁷ Siehe Georg Schmidt S. 5

⁸ Beispiele bei Schrötter S. 6

c) Grundherrschaft

Infolge der Grundherrschaft gab es besonders in Franken verschiedene Grade von Freiheit und Unfreiheit unter den Bauern.

Die Grundherrschaft, die die Allmendenutzung am stärksten beeinflusste, entstand zwischen 800 und 1200 dadurch, daß entweder die Franken die Ureinwohner zu zinspflichtigen Hörigen herabdrückten oder die fränkischen Adeligen, die mit ihren Gefolgsleuten Siedlungen gründeten, sich diesen gegenüber zu Grundherren erhoben⁹ oder Klöster und Adelige Land an hörige, zinspflichtige Bauern vergaben¹⁰ oder ehemals freie Bauern im Lauf des Mittelalters gezwungen wurden, sich mehr und mehr unter den Schutz und die Abhängigkeit von Grundherren zu begeben¹¹. Eine Ausnahme bildeten die königsfreien Bauern, die die Karolinger in Franken zum Schutz ihrer Herrschaft ansiedelten¹². Solche Bauern waren nur dem König zu Leistungen verpflichtet¹³. Als Beispiele sind zu nennen das Freidorf Geißlingen im Gollachgau¹⁴ und die Reichsdörfer Sennfeld und Gochsheim in Unterfranken¹⁵. Daneben gab es gemischte Dörfer, in denen einige Bauern unter einer Grundherrschaft standen, andere dagegen frei waren. Träger der Grundherrschaft waren geistliche und weltliche Herren, z. B. Klöster, Stifte, Grafen, Reichsritter. Manchmal war der Landesherr auch zugleich Grundherr. Die Grundherren übten teilweise die öffentliche Gewalt in der Dorfgemarkung aus¹⁶ und hatten die niedere Gerichtsbarkeit, zuweilen traten sie auch nur als Schirmherren auf. Fast stets hatten sie die Abgabenhochheit, kraft deren sie von ihren Untertanen Natural- und Geldleistungen fordern konnten (Zehnt- oder Giltherrschaft), doch war diese Befugnis in späterer Zeit, etwa vom 18. Jahrhundert an, nur noch mit der Stellung eines Hypothekengläubigers zu vergleichen¹⁷. In vielen Dörfern bestanden mehrere Grundherrschaften nebeneinander und teilten sich in die Befugnisse der Staatsgewalt. Ihre jeweiligen Untertanen bildeten innerhalb des Dorfes die sogenannte Hofgemeinde mit einem Schultheiß als Vollstreckungsorgan der Grundherrschaft¹⁸. Mit dem Erstarken der landesherrlichen Macht ging die Grundherrschaft im Lauf der Zeit mehr und mehr zurück, bis sie, nachdem schon die Säkularisation 1803 viele Grundherrschaften beendet hatte, um die Mitte des 19. Jahrhunderts ganz aufhörte.

d) Dorfgemeinschaft

Die Dorfgemeinschaft als solche war im Gegensatz zu den Städten nicht Glied des Staatsaufbaus und hatte keine hoheitlichen Befugnisse. Die öffentlichen Aufgaben innerhalb der Dorfgemarkung erledigte sie nur zu einem Teil¹⁹. Es gab nur – je nach der Stärke der Grundherrschaft – eine gewisse

⁹ Vgl. Bog S. 20

¹⁰ Vgl. Geißendörfer S. 24 und 25

¹¹ Vgl. Geißendörfer S. 23 und 26

¹² Siehe Bog S. 24

¹³ Vgl. Georg Schmidt S. 33

¹⁴ Geißendörfer S. 20

¹⁵ Schrötter S. 5

¹⁶ Vgl. Georg Schmidt S. 5

¹⁷ Sehr ausführlich Geißendörfer S. 37, 62 und 128

¹⁸ Vgl. Bog S. 10

¹⁹ So Mang (Heigl) S. 266, Kiefersauer S. 5 und Schrötter S. 25–37 mit archivalischen Nachweisen für Altbayern; a. M. Hölzl-Rollwagen, Vorbem. vor Art. 68 ff. GO.

dörfliche Selbstverwaltung. Die Gemeinschaft der Hofbesitzer regelte in beschränktem Maße die Ordnung des dörflichen Zusammenlebens und die wirtschaftlichen Belange der Bauern als deutsch-rechtliche Genossenschaft (Gemein, Gma, Gmoa) unter einem Bürgermeister selbständig. Es handelte sich meist um Angelegenheiten, die heute als bürgerlich-rechtlich angesprochen würden²⁰. Die Art und Weise der Allmendenutzung regelte die Gemeinschaft der Berechtigten unter Aufsicht des Grundherrn. Abgaben leistete der einzelne an den Grundherrn, nicht die Dorfgemeinschaft, da nur der einzelne, nicht die Gemeinschaft, zinspflichtig war²¹.

Eine Ausnahme bildeten nur die schon erwähnten Freidörfer, die obrigkeitliche Befugnisse selbst wahrnehmen durften und in denen die altfränkischen Zwölfergerichte mit gewisser Polizeigewalt ausgestattet waren²².

2. Wirtschaftliche Verhältnisse

a) Eigentumsverhältnisse

aa) Die Rodung bei der Landnahme erfolgte gemeinschaftlich, mitunter auch allein. Das neugewonnene Ackerland wurde ursprünglich verlost oder auf andere Weise an die einzelnen für eine bestimmte Zeit verteilt²³. Im Mittelalter verlor sich die regelmäßig wiederkehrende Neuverteilung. Die Bauern betrachteten die ihnen zur Nutzung zugewiesenen Felder und Wiesen zunehmend als ihr Eigentum, wenn auch die Grundherrschaft dieses Eigentum mancherorts wieder zu einem bloßen Unter- oder Nutz Eigentum herabdrückte²⁴.

bb) Nicht zur Einzelnutzung aufgeteilt wurden Wälder, gewisse Wiesen, Weide- und Ödland, Heide, Lehm-, Kies- und Sandgruben, Stein- und Kalkbrüche sowie die Gewässer. Diese mit Ausnahme der Gewässer als Allmende bezeichneten Flächen galten zu Anfang der Besiedlung noch als Niemandsländ. Später nahmen Könige, Adelige oder Klöster Teile dieser Allmende als ihr Eigentum in Anspruch²⁵, gestatteten ihren Untertanen aber die Nutzung²⁶. Mit der Zeit nahmen die Dorfgemeinschaften alles noch herrenlose Allmendeland als Gesamthandseigentum in Besitz und erwarben durch Schenkungen der Adligen und Klöster neue Flächen hinzu²⁷. Die Mitglieder der Gesamthandsgenossenschaft, der Dorfgemeinschaft, waren zu persönlicher Nutzung berechtigt²⁸. Von dieser Rechtslage gingen z. B. das Landrechtsbuch Kaiser Ludwigs des Bayern (1346), die Reformation des Bayerischen Landrechts (1518, Titel 37) und das Bayerische Landrecht von 1616 aus²⁹. Mit dem Erstarken der Grundherrschaft im Mittelalter nahmen die Grundherren die dörfliche Allmende vielfach als ihr Eigentum in An-

²⁰ Vgl. Bog S. 5

²¹ Vgl. Kiefersauer S. 5

²² Beispiele bei Bog S. 67 und Geißendörfer S. 53

²³ Vgl. Illig S. 7 und Geißendörfer S. 17

²⁴ Siehe Schrötter S. 7

²⁵ Vgl. Bog S. 59

²⁶ Vgl. die NRe am Reichswald und Königsgut, Bog S. 58, und die Verbriefung der NRe am Nürnberger Reichswald 1427, Georg Schmidt S. 21–22

²⁷ Vgl. Geißendörfer S. 49, Schrötter S. 9, Bog S. 61, 62, 69 und 71

²⁸ Vgl. Mang (Heigl) S. 266

²⁹ Zitiert bei Schrötter S. 11–13

spruch oder begründeten Obereigentum³⁰. Da sie aber hauptsächlich am Wildbann interessiert waren, ließen sie die bäuerliche Allmendenutzung unangetastet, wobei die Rechte der Bauern meist als Rechte an fremder Sache aufgefaßt wurden³¹. Nur dort, wo es mehrere Grundherrschaften im Dorf gab und die Bauern die Herren gegeneinander ausspielen konnten, behielten die Dorfgemeinschaften das uneingeschränkte Allmendeeigentum.

b) Nutzung und Bewirtschaftung der Allmende

Soweit die Allmendenutzung den Bauern zustand, wurde sie ursprünglich in der Weise gehandhabt, daß jeder Berechtigte sich an Nutzungen nahm, was er brauchte. Erst als im Mittelalter die Bevölkerung wuchs und die knapp werdende Allmende einen schonungslosen Raubbau nicht mehr gestattete, gingen die Bauern dazu über, das unverteilte Land gemeinschaftlich zu bewirtschaften und die Nutzung unter sich zu regeln. Dabei griff die Grundherrschaft, seit 1600 auch mehr und mehr der Landesherr, im Interesse einer gesunden Landwirtschaft ordnend ein. Nutzungsrechte wurden einzelnen besonders verliehen, die Nutzung wurde manchmal zugunsten der Herrschaft eingeschränkt, die Art und Weise der Nutzung (z. B. Holzhiebe nur unter Aufsicht des herrschaftlichen Waldmeisters) verbindlich festgelegt³². Der Einfluß der Herren war um so geringer, je zersplitterter die Herrschaftsverhältnisse waren. Hatten z. B. mehrere Grundherren Untertanen im Dorf, so konnten die Bauern zumeist frei schalten.

III. Entwicklung der alten Dorfgemein zur politischen Gemeinde

1. Vorstufen der politischen Gemeinde

Mit dem Erstarken der absoluten Staatsgewalt nach dem Dreißigjährigen Kriege und dem langsamen Schwinden der Feudalherrschaft wurde die alte, genossenschaftlich aufgebaute Dorfgemein allmählich in die Staatsverfassung eingegliedert³³. Der Einfluß des römischen Rechts trug dazu bei, die Dorfgemein zur Personalgemeinde und Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts werden zu lassen³⁴. In Altbayern wurden der Dorfgemeinschaft schon im 18. Jahrhundert öffentliche Aufgaben und Hoheitsbefugnisse übertragen³⁵, wenn auch die Gemeindebildung noch sehr unvollkommen und regellos war³⁶. Für Schwaben gilt dasselbe. In Franken jedoch gab es vor dem Übergang an Bayern (1806) keine Vorläufer der politischen Gemeinde. Auch das 1796 in den vorübergehend preußischen Teilen Frankens eingeführte ALR, das die Dorfgemeinschaft bereits als öffentliche Körperschaft behandelte, war in den Landgemeinden nicht durchgeführt worden³⁷.

³⁰ Vgl. Geißendörfer S. 23

³¹ Vgl. Schrötter S. 9

³² Vgl. Georg Schmidt S. 23 über die Regelung von 1767 im Fürstentum Brandenburg-Ansbach

³³ Vgl. Bog S. 74; Geißendörfer S. 57–58

³⁴ Vgl. VGH 37/153

³⁵ Vgl. Schrötter S. 63; Kahr, Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869

³⁶ Siehe Helmreich-Widtmann, Anm. 1 zu Art. 66 GO 1952

³⁷ Vgl. Schrötter S. 43 und Bog S. 76–77

2. Gemeindegesetzgebung 1808/1818

Durch das Organische Edikt über die Bildung der Gemeinden vom 28. 7. 1808 und das Edikt über das Gemeindewesen vom 24. 9. 1808 (GE 1808) wurden erstmals für ganz Bayern alle größeren Dörfer als öffentliche Körperschaften zu Gemeinden erklärt, doch änderte sich tatsächlich noch wenig³⁸. Erst das Revidierte Gemeindeedikt vom 17. 5. 1818 (neugefaßt durch Gesetz vom 1. 7. 1834; = GE 1818/34), das jede Ansiedlung einer politischen Gemeinde zuteilte, setzte die Neuordnung endgültig durch³⁹.

3. Die Ortschaft

Die einzelnen Dörfer, die 1818 zu politischen Gemeinden zusammengefaßt wurden, behielten im Gemeindeverband als Ortschaften eine gewisse Sonderstellung: Sie hatten gleichfalls die Rechte einer Körperschaft erhalten, hatten eigenes Ortschaftsvermögen, eine eigene Ortsgemarkung und manche öffentlich-rechtlichen Züge. Erst mit der DGO 1935 wurden sie ihrer Selbständigkeit beraubt und gingen völlig in der politischen Gemeinde auf³⁸.

IV. Schicksal der Allmende und der Berechtigungen daran

1. Allmende als Eigentum der politischen Gemeinde

Zusammen mit der Gemeindebildung vollzog sich der Übergang der Allmende aus dem Gesamthandseigentum der Dorfgemeinschaften in das Eigentum der nunmehr als juristische Person anerkannten Gemeinde³⁹. Dementsprechend wurde in Altbayern und Schwaben die Allmende vielfach schon vor 1808 als Eigentum der juristischen Körperschaft Gemeinde aufgefaßt⁴⁰, während in Franken der Eigentumswechsel jäh durch die neue Gemeindegesetzgebung herbeigeführt wurde.

Durch GE 1808 (§§ 14 Ziff. 3, 25) und GE 1818/34 (§§ 18, 19 Ziff. 3, 26) wurde die Allmende einheitlich zum Eigentum der politischen Gemeinde oder – wenn diese aus mehreren Dörfern bestand – der Ortschaften erklärt. Die Nutzungsberechtigungen wurden von Miteigentumsanteilen zur gesamten Hand zu Rechten an fremder Sache herabgedrückt, soweit sie nicht überhaupt untergingen⁴¹. Eine Realgemeinde der Berechtigten als Trägerin des Allmendeeigentums war nicht vorgesehen.

In der Praxis vollzog sich der Eigentumsübergang im Verwaltungsweg, ohne daß die Rechtler sich der Änderung bewußt wurden. Bei Anlegung der Kataster in den Jahren nach 1808 gaben die Bauern als Eigentümerin der Allmende die „Gmoa (Gma)“ an und meinten damit die Gesamtheit der Be-

³⁸ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 1 zu Art. 66 GO

³⁹ Vgl. VGH 37/153 und Kiefersauer S. 5. Bezeichnungen wie „der gemein . . . holz“ meinen jedoch in der Regel noch die alte Gesamthandsgenossenschaft; siehe hierzu Hirschmann S. 11

⁴⁰ Vgl. hierzu Codex Maximilianus Bavaricus civilis 1756 (Teil II, Kap. 1, § 6, und Kap. 8, § 14), ferner die kurfürstliche Allerhöchste Entschließung vom 25. 10. 1804 (RegBl. S. 469) und die VO vom 13. 2. 1805 (RegBl. S. 729), vgl. außerdem Kahr, Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869, Mang (Heigl) S. 267, Meisner S. 429, Schrötter S. 19 und 21

⁴¹ So VGH 37/141 und 51/150; Kahr, Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869; Mang (Heigl) S. 267; a. M. zu Unrecht Schrötter (S. 5, 8, 48, 49, 52 und 62), der als einziger die Rechtler noch heute als Eigentümer ansieht, weil ein Rechtsübergang auf die politische Gemeinde sich nur in den Formen des geltenden Privatrechts habe vollziehen können.

rechtigten, während die Beamten das Eigentum den Gesetzen gemäß der politischen Gemeinde zuschrieben⁴². Die Miteigentumsanteile, die die Berechtigten noch zu haben glaubten, wurden als „Nutzanteil“ oder bloß als „Anteil an den noch unverteiltern Gemeindegründen“ in die Kataster aufgenommen, obwohl sie nurmehr NRe waren. Aus diesem Grunde betrachten sich manche Rechtler bis heute als Eigentümer der Allmende.

2. Allmende als Eigentum der Rechtler (Realgemeinde)

In seltenen Fällen vermochten die Nutzungsberechtigten, sich das genossenschaftliche Gesamthandseigentum an der Allmende, besonders am Wald, zu erhalten. Es gab nämlich Gemeinden, in denen die Nutzungsberechtigten sich nicht wie anderswo als die Dorfgemein schlechthin betrachtet hatten, sondern in denen die Allmendenutzungsberechtigten die ihrer Nutzung unterliegenden Grundstücke schon vor 1808 vom übrigen Dorfgemeinschaftsvermögen abgesondert und als ihr gemeinsames Privateigentum behandelt hatten⁴³. Waren in dieser Richtung vollendete Tatsachen geschaffen, so vermochte die Gemeindegesetzgebung von 1808 und 1818 daran nichts mehr zu ändern⁴⁴. In anderen Fällen, in denen das Allmendegut zwar nicht vom übrigen Dorfgemeinschaftsvermögen getrennt war, die Rechtler aber die Nachteile der neuen Gesetze erkannt hatten, erlangten sie Eigentum, indem sie sich namentlich im Kataster eintragen ließen und auf diesem Weg als Eigentümer ins Grundbuch gelangten und nach § 900 BGB Eigentum erlangen. Wälder, die auf diese Weise Rechtlereigentum blieben, werden Körperschafts- oder Güterwaldungen genannt. Sie sind z. B. anzutreffen in den mittelfränkischen Landkreisen Offenheim und Scheinfeld⁴⁵. Körperschaftswaldungen konnten sich schließlich dadurch bilden, daß der Staat nach der Säkularisation 1803 Waldparzellen als Abfindung zu Miteigentum an Nutzungsberechtigte übertrug, die von vornherein diesen und nicht der Dorfgemeinschaft schlechthin zugedacht waren⁴⁶.

In all diesen Fällen bilden die berechtigten Miteigentümer eine der heutigen Ablösungswaldgenossenschaft ähnliche Gesamthandsgenossenschaft, die eine Art Realgemeinde darstellt und körperschaftliche, nicht gesellschaftliche Züge trägt. Diese Gemeinschaften sind keine juristischen Personen, wohl aber grundbuchfähig⁴⁷. Das Gesellschafts- und Vereinsrecht des BGB kann nur teilweise analog angewandt werden. Der einzelne hat einen frei veräußerlichen Miteigentumsanteil. Die Waldungen unterliegen nach Art. 18 FoG der staatlichen Forstaufsicht.

⁴² Vgl. Bog S. 3

⁴³ Vgl. Laforet, Anm. 1b zu Art. 33 GO 1927 und – etwas ungenau – Hölzl-Rollwagen, Vorbem. vor Art. 68 ff. GO 1952

⁴⁴ Vgl. VGH in BayBgm 1924/70, Mang (Heigl) S. 267 und Meisner S. 428, Fußnote 2

⁴⁵ Vgl. die Aufzählung S. 149 in „Der Landkreis Scheinfeld“ 1950 sowie VGH 11/159 (Hübnerschaft in Stockstadt, Landkreis Aschaffenburg), ferner BayGemVZ 1936/796–799 („Westengemeinde“)

⁴⁶ Vgl. Schrötter S. 8 und 56 über Purifikationswälder

⁴⁷ Vgl. VGH 11/159; Art. 2 und 164 EGBGB; §§ 190, 196, 222, 269, 340 und 348 der Dienst-anweisung für die Grundbuchämter vom 27. 2. 1905. Siehe auch Koßmann, S. 66 und 71, über die bürgerlich-rechtlichen sogenannten Schafgemeinden im Landkreis Dinkelsbühl

3. Gemeindegrundteilungen

Vor und zuweilen auch noch nach der Bildung der politischen Gemeinde wurden in manchen Orten Teile der Allmende unter die einzelnen Nutzungsberechtigten aufgeteilt und zu Einzeleigentum übertragen, was die Landesfürsten unter dem Einfluß physiokratischer Ideen zur Förderung besserer Bewirtschaftung des Bodens und Entfaltung privater Initiative guthießen⁴⁸. Die spätere Gemeindegesetzgebung untersagte dann solche, einer Verschenkung von Gemeindevermögen gleichkommenden Aufteilungen (vgl. heute Art. 61 Abs. 3 GO).

V. Behandlung der GNRe in der neueren Gemeindegesetzgebung

Die Gemeindegesetzgebung erhielt die GNRe bis heute aufrecht, regelte aber die Voraussetzungen ihrer Anerkennung jeweils verschieden. Das GE 1808 sah in §§ 27, 28 und 29 für alle Gemeindemitglieder gleichen Anteil an der Allmendenutzung vor, soweit nicht Verträge und Polizeigesetze etwas anderes bestimmten, hob also herkömmliche NRe einzelner auf. Da sich dies nicht durchsetzte, milderte das GE 1818/34 durch §§ 18, 19 Ziff. 3 und 26 den Grundsatz der gleichen Berechtigung aller, indem es außer abweichenden Verordnungen auch rechtmäßiges Herkommen anerkannte. Auch die GO 1869 ging in Art. 32 Abs. 2 davon aus, daß alle Gemeindeglieder nutzungsberechtigt seien, doch sah Abs. 1 Sondernutzungsrechte kraft besonderer Rechtstitel oder rechtsbegründeten Herkommens vor. Die GO 1927 befaßte sich gleichfalls mit auf Titel oder Herkommen gestützten NRen einzelner, wobei sie die Anerkennung herkömmlicher NRe erweiterte. Die DGO 1935 (§ 65 Abs. 1) ließ diesen Zustand unangetastet, so daß die einschlägigen Bestimmungen der GO 1927 durch die Bayer. Angleichungsverordnung (AnglVO) zur DGO vom 1. 4. 1935 wörtlich übernommen werden konnten. Die aus Gründen der Kriegswirtschaft erlassene VO zur Förderung der Nutzholzgewinnung vom 30. 7. 1937 (= VO 1937) sah Einschränkungen der Holznutzung vor. Die vorläufige Gemeindeordnung vom 18. 12. 1945/28. 2. 1946 (GVBl. 1946 S. 255) ließ die Bestimmungen der AnglVO unberührt.

Auch die GO 1952 baut im wesentlichen auf der vorausgegangenen Regelung auf, erweiterte jedoch abermals die Anerkennung herkömmlicher NRe.

Soweit Einzelfragen in der Gemeindegesetzgebung zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich behandelt waren, finden sich die entsprechenden Hinweise bei Erörterung der jeweiligen, damit zusammenhängenden Wesensmerkmale der GNRe.

§ 2 Gemeindenutzungsrechte können nicht mehr Neubegründet werden

I. Das Neubegründungsverbot in der GO 1952

Es entspricht dem Wesen der GNRe als geschichtlich entstandener Sonderberechtigungen, daß sie heute nicht mehr Neubegründet werden können, wie Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO festlegt. Die Vereinbarung neuer NRe zugunsten

⁴⁸ Georg Schmidt beschreibt in dem oben bereits wiederholt angeführten Büchlein „Die Wendelsteiner Holzmark“ die Aufteilung des Wendelsteiner Waldes bei Nürnberg an die Nutzungsberechtigten in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts als typisches Beispiel einer solchen Gemeindegrundteilung.

bisher nichtberechtigter Gemeindebürger kann daher bestenfalls in ein bürgerliches Rechtsgeschäft des Inhalts umgedeutet werden, daß die bisher Berechtigten sich verpflichten, die ändern an ihren Nutzungen teilhaben zu lassen, sofern der Gemeinde keine Mehrbelastung erwächst.

II. Der Zustand vor 1952

Das Neubegründungsverbot besteht im übrigen bereits seit 1818⁴⁹. Es war teils dem Sinne nach, teils ausdrücklich in allen Gemeindegesetzen seit Bestehen der politischen Gemeinde enthalten (vgl. §§ 19 Ziff. 3, 26, 34 GE 1818/34; Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 GO 1869; Art. 33 Abs. 1 GO 1927 = § 3 Abs. 1 AnglVO). Vor 1818 hingegen war es noch zuweilen vorgekommen, daß neue NRe von der nutzungsberechtigten Dorfgemeinschaft eingeräumt wurden, sei es freiwillig, sei es auf Druck des Grundherrn.

NRe, die sich trotz dieses Verbotes nach 1818 gebildet hatten, wurden in der Folgezeit zweimal nachträglich anerkannt. Art. 35 GO 1927 ließ NRe gelten, die gewohnheitsrechtlich bis 1. 4. 1898 entstanden und seither in Übung waren. Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO 1952 setzte diesen Zeitpunkt bis 18. 1. 1922 herauf.

III. Der Umfang des Neubegründungsverbotes

Das Neubegründungsverbot schließt jede der Gemeinde nachteilige Veränderung des Umfangs oder Inhalts von GNRe aus. Festgelegte Ertragsmengen dürfen nicht erhöht, neue Nutzungsbefugnisse nicht eingeräumt und bisher unbelastete Grundstücke nicht in die Nutzung einbezogen werden⁵⁰.

§ 3 Gemeindenutzungsrechte setzen Titel oder Herkommen voraus

Nur unter bestimmten Voraussetzungen werden GNRe vom Gesetz anerkannt. Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO verlangt, daß ein besonderer Titel vorhanden ist, insbesondere das Recht 30 Jahre vor Inkrafttreten der GO 1952 (18. 1. 1952) ununterbrochen kraft Rechtsüberzeugung ausgeübt wurde, was der zu beweisen hat, der ein NR beansprucht.

I. Auslegung von Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO

Über die Auslegung von Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO entstand sehr bald Streit. Während einige, an den Wortlaut anknüpfend, das Herkommen nur als Unterart des Titels ansehen⁵¹, hält die Mehrheit den Rechtstitel als geschriebenes und das Herkommen als ungeschriebenes Gewohnheitsrecht für zwei verschiedene, gleichwertige Voraussetzungen⁵². Der letzteren Meinung ist beizupflichten, weil sie der früheren Regelung, die der Gesetzgeber 1952 grundsätzlich beibehalten wollte, entspricht (vgl. § 26 GE 1818/34: „... nach den bestehenden Verordnungen und dem rechtmäßigen Herkommen“; Art. 32

⁴⁹ Vgl. Kahr, Anm. 12 a zu Art. 32 GO 1869, und VGH 3/493, 12/138, 13/33, 15/191, 22/110, 36/197, 37/151.

⁵⁰ Vgl. VGH 5/217, 12/139, 26/192, 55/85, VGH n. F. 15/106; hinsichtlich zulässiger Änderungen vgl. unten § 20.

⁵¹ So Helmreich-Widtmann, Anm. 7 zu Art. 68 GO.

⁵² So VGH n. F. 9/110 und 10/14, Hölzl-Rollwagen, Anm. I 6 zu Art. 68 GO, ferner Illig S. 25.

Abs. 1 GO 1869 und Art. 34 GO 1927 = § 4 AnglVO: „... besonderer Rechtstitel oder rechtsbegründetes Herkommen“). Die Fassung in Art. 68 Abs. 2 GO ist mithin nur ungenau, meint aber dasselbe.

II. Der Rechtstitel

1. Begriff des Titels

Titel ist alles geschriebene Recht, wodurch entweder NRe einzelner oder bestimmter Gruppen oder aller damaligen Dorfbewohner begründet oder schon bestehende NRe, über deren Rechtsbestand Unsicherheit herrschte, erneut bekräftigt wurden oder wodurch bindende Bestimmungen über den Kreis der Berechtigten, Inhalt und Umfang der Nutzungsbefugnisse und Art und Weise der Ausübung der NRe getroffen wurden⁵³. Eine Urkunde ist bereits dann Titel, wenn durch sie bestimmt oder anerkannt wurde, daß es im Ort überhaupt NRe gab; namentlicher Aufzählung der Rechtler bedarf es nicht. Der Titel muß ferner nicht unbedingt besagen, daß NRe nur einem Teil der Hofbesitzer unter Ausschluß der übrigen zustehen, weil in kleinen Dörfern oft jedes Anwesen berechtigt war⁵⁴, doch muß klar zu erkennen sein, daß Gemeinderrechte geregelt werden⁵⁵. Es genügt, wenn der Titel vorhandenes Wohnheitsrecht kodifiziert⁵⁶. Öffentlich-rechtlich braucht der Titel nicht zu sein, weil in alter Zeit zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht nicht klar unterschieden wurde und die alte Dorfgemeinschaft überwiegend bürgerlich-rechtliche Züge trug. Ob ein NR öffentlich-rechtlich ist, hängt nämlich nicht von der Art des Titels, sondern davon ab, ob es in dem inzwischen öffentlich-rechtlich gewordenen Gemeindeverband wurzelt oder davon unabhängig ist.

2. Die Arten des Titels

In Übereinstimmung mit der früheren Gemeindegesetzgebung werden als Titel⁵⁷ insbesondere anerkannt:

- a) Allgemeines oder partikuläres Landesrecht, das die Nutzung der dörflichen Allmende regelt

Solche die Nutzung nur allgemein ordnende Vorschriften sind freilich nur insoweit Titel, als ihre Regelung reicht, also z. B. insofern, als sie über Inhalt und Umfang der NRe Auskunft geben. Sie erbringen nicht Beweis dafür, daß einer, der ein NR zu haben behauptet, auch wirklich Rechtler ist.

Hierher gehören Verordnungen, Edikte, Dekrete und andere Normen, die der Landes- oder Grundherr für seine Untertanen im ganzen Gebiet oder im einzelnen Dorf erließ, etwa herrschaftliche Dorfordnungen⁵⁸. In Zweifels-

⁵³ Vgl. VGH 32/147, 37/145, VGH n. F. 10/15, 15/109; Illig S. 25

⁵⁴ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 13. 2. 1959 Nr. 2761 ff.-II/56

⁵⁵ Siehe Laforet, Anm. 2 zu Art. 34 GO 1927

⁵⁶ So VGH 37/145

⁵⁷ Der Ausdruck „bestehende Verordnungen“ in § 26 GE 1818/34 meint nichts anderes als die später gebrauchte Wendung „besonderer Rechtstitel“, vgl. VGH 16/1 und 32/145.

⁵⁸ VGH 37/144 nennt z. B. die Fleckensordnung des Markgrafen Christian von Bayreuth 1616 und das Regulativ des Markgrafen Friedrich Christian von Bayreuth 1765 für Burgbernheim, Landkreis Uffenheim.

fragen hinsichtlich des Inhalts oder Umfangs von GNRe können auch frühere Zivilrechte wie das ALR (Teil II, Titel 7, §§ 1, 2, 18, 20, 28, 31) ergänzend herangezogen werden⁵⁹.

b) Besondere obrigkeitliche Bewilligungen

In den Zeiten, da sich die Landes- und Grundherren gern als Obereigentümer der Allmende betrachteten, wurden NRe häufig durch deren einseitige Bewilligung oder Befehl (Reskripte, verbrieft Privilegien) begründet oder bekräftigt⁶⁰. Schenkte die Herrschaft einer Dorfgemeinschaft einen Wald zu Eigentum oder „ewiger Nutzung“, machte sie oft Auflagen bezüglich der Nutzung im Schenkungsbrief.

c) Örtliche Satzungen

Als Titel gelten ferner von den berechtigten Dorfgenossen unter sich vereinbarte und schriftlich niedergelegte Ordnungen, sofern sie die bestehenden NRe bestätigen und bestimmen, was fortan gelten soll. Solche Dorfordnungen sind z. B. Gemeindebriefe, Gemeindestatuten, Gemeinordnungen, altbayerische Ehehaftsrechte, Ehhaftsordnungen, Alpenbriefe, Weistümer⁶¹; Wald-, Holz- und Schaforordnungen dagegen nur, wenn sie nicht nur bestehende Verhältnisse beschreiben. Derartige Dorfrechte ähneln den heutigen Gemeinbesatzungen, weil vor 1818 die Nutzungsberechtigten fast überall zugleich die Dorfgemeinschaft schlechthin ausmachten, die freilich damals im allgemeinen noch nicht hoheitliche Befugnisse gegenüber ihren Mitgliedern hatte. Die im übrigen auch mit einer autonomen Vereinssatzung vergleichbaren Dorfordinungen bedurften, abgesehen von den Freidörfern, meistens der Genehmigung der zuständigen Herrschaft, welche die Obrigkeit im Ort darstellte.

d) Verträge und Vergleiche

Titel sind auch Verträge, in denen der Allmendeeigentümer neue Nutzungsbefugnisse einräumte, sowie gerichtliche und außergerichtliche Vergleiche, durch die NRe im Hinblick auf vorhandene Unsicherheit ausdrücklich anerkannt und gegenseitig Rechte und Pflichten abgegrenzt und festgelegt wurden.

Vereinbarungen der Rechtler unter sich sind keine Titel, wenn sie aus einer Zeit stammen, in der die Allmende schon Eigentum der politischen Gemeinde oder Ortschaft war und die Rechtler nicht mehr über sie verfügen konnten⁶². Abmachungen zwischen einzelnen Rechtflern konnten zu keiner Zeit einen Titel bilden.

⁵⁹ Vgl. VGH 15/190 und 37/107, a. M. Kiefersauer S. 53

⁶⁰ Beispiele bei Hirschmann S. 20–21

⁶¹ Vgl. VGH 13/267. Als Beispiele seien genannt: Dorfordnung des Freidorfs Geißlingen (Geißendörfer S. 53); Ehhaftsordnung für Bieswang, Landkreis Weißenburg, von 1584 (VG Ansbach, Urteil vom 13. 2. 1959 Nr. 2761 ff.–II/56); Gemeinordnung („Anlaß“) der freieigenen Gemein Ober-Ernbad von 1422 (VGH 32/145 + 147); Auernheimer Dorfs- und Siebnerordnung 1668 (Gemeindearchiv Auernheim, Landkreis Gunzenhausen); Alpenbrief für Reit im Winkl vom 24. 6. 1539 (Gemeindearchiv Reit im Winkl); Gemeindebrief für Oberhochstatt, Kehl und Niederhofen 1681 (Bog S. 72).

⁶² Vgl. VGH 50/36

e) Rechtskräftige Entscheidungen

Titel sind schließlich alle rechtlichen Streitentscheidungen der Gerichte, des Landes- oder Grundherrn sowie – in alter Zeit – auch der Verwaltungsbehörden⁶³, durch die eine bestimmte Nutzung als rechtmäßig anerkannt wurde.

3. Schriftstücke, die nicht Titel sind

Keine Titel sind Beschreibungen und Aufzeichnungen, die nichts rechtsverbindlich festlegen, sondern nur bestehende Zustände ohne Prüfung wiedergeben wollen. Darunter fallen Einträge und Beschreibungen in den Steuerliquidationsprotokollen und Katastern des 19. Jahrhunderts⁶⁴, Eintragungen im Hypotheken- und Grundbuch⁶⁵, Gemeinderrechnungen, Holzabgaberegister, Wirtschaftspläne für Gemeindewaldungen⁶⁶, Kaufvertragsurkunden über den Erwerb gemeindlicher Grundstücke mit Geldmitteln der Rechtler oder im Tausch gegen nutzungsbelastete Flächen und Beschreibungen in Lager- oder Salbüchern⁶⁷.

4. Alter des Titels

Da GNRe mit Erlaß des GE 1818 nicht mehr Neubegründet werden konnten, kommen als Titel nur Urkunden aus der Zeit vor dem 17. 5. 1818 in Frage. Art. 34 GO 1927 und Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO 1952 sanktionierten nur späteres Herkommen, nicht aber neue Titel, weil zwischen Titel und Herkommen stets scharf unterschieden wurde und jeweils nur von Herkommen gesprochen wurde⁶⁸. Spätere Schriftstücke konnten nur die Bildung eines entsprechenden Herkommens fördern.

Eine Ausnahme davon machen rechtskräftige Entscheidungen, die auch für die Zeit nach 1818 als Titel anzusehen sind, soweit sie für das Vorhandensein und die nähere Ausgestaltung von NRe bindend waren. Ähnliches gilt für gerichtliche und außergerichtliche Vergleiche, sofern sie nicht gegen zwingende Vorschriften und tragende Grundsätze über GNRe verstießen⁶⁹. Neue NRe konnten durch sie aber nicht entstehen⁷⁰.

5. Verjährung

Ergibt sich der Bestand eines bestimmten NRes unmittelbar aus einem Titel, so verjährt das NR nach den allgemeinen Vorschriften, also analog §§ 194 Abs. 1, 195 BGB in 30 Jahren, und muß nicht ununterbrochen aus-

⁶³ Vgl. VGH 13/265–266

⁶⁴ Vgl. VGH n. F. 13/112

⁶⁵ GNRe durften in die für die Aufnahme privatrechtlicher Verhältnisse bestimmten Grundbücher weder beim dienenden noch beim herrschenden Grundstück eingetragen werden. Dennoch sind sie infolge wörtlicher Übernahme der Katasterbeschreibungen bei Grundbuchanlegung vielfach im Bestandsverzeichnis miteingetragen worden, werden aber vom öffentlichen Glauben (§ 892 BGB) nicht erfaßt, vgl. VGH in BayVBl. 1957/132.

⁶⁶ Vgl. VGH 36/205 und 51/154

⁶⁷ Vgl. VGH n. F. 15/109 für die Beschreibung bestehender Gertholzrechte im Lagerbuch eines Bürgermeistersamts

⁶⁸ Vgl. VGH n. F. 10/19 und 13/112; Kahr, Anm. 15 zu Art. 32 GO 1869; Woerner, Anm. 4 zu Art. 34 GO 1927; Masson, Anm. 5 zu Art. 68 GO 1952

⁶⁹ Vgl. Laforet, Anm. 2 zu Art. 34 GO 1927

⁷⁰ Vgl. VGH 36/195–197

geübt werden⁷¹. Regelt der Titel aber die NRe eines Dorfes nur allgemein, so muß der Bestand des einzelnen Rechtes durch ununterbrochene Ausübung seit 18. 1. 1922 nachgewiesen sein, ehe hinsichtlich seines Inhaltes und Umfanges auf den Titel zurückgegriffen werden kann.

III. Das Herkommen

1. Begriff

Herkommen im weiteren Sinn ist ungeschriebenes örtliches Gewohnheitsrecht, das die Allmendenutzung allgemein regelt und die spärlichen Vorschriften der jeweiligen Gemeindegesetze über NRe ergänzt⁷². Es besagt z. B., welche Befugnisse das NR verleiht, ob es mit den einzelnen Anwesen verbunden ist, wie groß die Nutzungsmenge bemessen ist usw.

Herkommen im engeren Sinn bezeichnet die ununterbrochene, kraft Rechtsüberzeugung erfolgte Ausübung eines NRes im Einzelfall, die, wenn für die Entstehung des Rechts kein Titel vorliegt, Voraussetzung für die Anerkennung als GNR ist. Das Herkommen hat in diesem Fall Ähnlichkeit mit der unvordenklichen, rechtserwerbenden Verjährung früherer Zivilrechte⁷³.

2. Frühere Voraussetzungen

Für die Zeit bis 1928 verlangte die Rechtsprechung des VGH⁷⁴, daß sich das Herkommen, von dem in § 26 GE 1818/34 und Art. 32 Abs. 1 GO 1869 die Rede war, bis 1818 gebildet hatte und für eine Reihe von Jahren vor 1818 nachgewiesen wurde. Gleichwohl entstand contra legem neues Gewohnheitsrecht, das Art. 35 GO 1927 (= § 5 AnglVO) nachträglich anerkannte, soweit es 30 Jahre vor Inkrafttreten der GO 1927, also seit 1. 4. 1898, ununterbrochen ausgeübt worden war. Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO 1952 ging dann einen Schritt weiter und erkannte aufs neue Herkommen an, das sich im Widerspruch zum Neubegründungsverbot gebildet hatte.

3. Gegenwärtige Voraussetzungen

Nach Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO müssen folgende Voraussetzungen vorliegen, wenn ein GNR anerkannt werden soll:

- a) Das NR muß mindestens seit 30 Jahren vor Inkrafttreten der GO 1952 (= 18. 1. 1952; Art. 121 Abs. 1 GO) ausgeübt worden sein

Dies bedeutet, daß das NR mindestens seit dem 18. 1. 1922 ununterbrochen bis zum Tage seiner Geltendmachung ausgeübt worden sein muß und weiterhin laufend ausgeübt wird⁷⁵.

⁷¹ Vgl. VGH n. F. 2/4 und 10/13 sowie VGH vom 13. 2. 1958 in BayVBl. 1958/279

⁷² VGH 12/405–460 und 13/198; VGH n. F. 2/4

⁷³ Vgl. VGH 7/49, 37/34, ferner Schmelz S. 52

⁷⁴ Z. B. VGH 3/193 und 36/203

⁷⁵ So VGH n. F. 9/110, 10/115, 13/112 und h. L.; a. M. Widtmann, Anm. 1 zu Art. 68 GO, der wegen des Ausdrucks „Ausübung bestehender NRe“ in Art. 68 auf die Rechtslage nach GO 1927, somit auf den 1. 4. 1898, abstellt. Zur Verfassungsmäßigkeit des von Art. 68 verlangten Zeitraums als Erfordernis der Anerkennung von NRen siehe BayVfGH in VwRspr. 14/Nr. 216 (Urteil vom 27. 11. 1961).

b) Das NR muß während dieses Zeitraums tatsächlich ausgeübt worden sein

Ausübung heißt, daß die aus dem belasteten Vermögen anfallenden Erträge im zustehenden Umfang zur Zeit ihres Anfalls laufend in Anspruch genommen werden⁷⁶, bloße Anerkennung durch die Gemeinde reicht zur Erhaltung des NRes nicht aus. Ausübung liegt auch dann vor, wenn die Nutzungen zu Geld gemacht und die Erlöse anteilig verteilt werden, soweit Gemeinde und Rechtler sich einig sind, daß auf diese Weise GNRe ausgeübt werden⁷⁷. Die Abführung der Erlöse in eine Ortskasse genügt nicht, auch wenn Rechtler und Ortschaft bis 1935 identisch waren und die Kassenbestände am Jahresende unter sich aufteilten⁷⁸. Ausübung kann auch durch Dritte erfolgen, denen der Rechtler sein Recht zeitweise überläßt⁷⁹. Zuteilung belasteter Grundstücke in Parzellen zur Einzelnutzung an die Rechtler zählt gleichfalls noch als Ausübung⁸⁰.

Die Ausübung nur einer Teilbefugnis oder eines Bruchteils genügt zur Aufrechterhaltung des vollen NRes, wenn wenigstens andere Rechtler ihre NRe weiterhin voll ausüben und kein Teilverzicht gewollt ist, weil eine Teilverjährung dem Wesen der GNRe, die grundsätzlich für alle gleichen Inhalt haben müssen, widerspricht⁸¹. Eine Ausübung, die gegen tragende Grundsätze des Gemeindenutzungsrechts verstößt, bleibt unberücksichtigt⁸².

c) Die Ausübung darf nicht unterbrochen sein

Ununterbrochene Ausübung liegt vor, wenn die Nutzungen zu dem Zeitpunkt, da sie üblicherweise anfallen und nach Titel oder Herkommen den Rechtlern gebühren, beansprucht und gewährt werden⁸³. Brennholz fällt meist jährlich an, Streu nur alle paar Jahre, Bauholz nur im Baufall; „ununterbrochen“ muß also nicht „jährlich“ bedeuten.

Unterbrechungen, die der Berechtigte nicht zu vertreten hat, sind nach Art. 68 Abs. 2 Satz 2 GO unschädlich. Hierher gehören die Fälle, in denen Rechtler an der Nutzung durch die Gemeinde oder deren Aufsichtsbehörde gehindert werden, was im Dritten Reich häufig vorkam. Die Behinderung kann darin bestehen, daß die Gemeinde die Erträge für sich behält oder die belasteten Flächen verpachtet oder deren Kulturart vorübergehend ändert. Die Unterbrechung bleibt aber nur dann unberücksichtigt, wenn der Rechtler, sobald dies möglich und zumutbar ist, gegen die Verhinderung den Rechtsweg beschreitet, die Aufsichtsbehörde anruft und notfalls klagt⁸⁴. Unschädlich ist auch eine zeitweise Unterbrechung mit Rücksicht auf eine

⁷⁶ Vgl. Mang (Heigl) S. 273 und Illig S. 29

⁷⁷ So Helmreich-Widtmann, Anm. 6 zu Art. 68 GO, und VGH n. F. 10/13 + 17 und 13/113 (Verpachtung der Allmende durch die Gemeinde zugunsten der Rechtler)

⁷⁸ Vgl. VGH n. F. 10/13

⁷⁹ Vgl. Illig S. 70

⁸⁰ So VGH 14/265

⁸¹ Vgl. VGH 48/94, 50/37, VGH n. F. 2/5; ferner VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“, Sonderheft 310 (S. 18), und VGH vom 20. 6. 1934 in BayGemVZ 1934/853 über Teilverzicht

⁸² Vgl. VGH vom 13. 2. 1958 in BayVbl. 1958/278 ff.

⁸³ Vgl. Mang (Heigl) S. 273

⁸⁴ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 6 zu Art. 68 GO, und VGH vom 22. 2. 1957 in BayVbl. 57/130

höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich später als unrichtig erweist⁸⁵, ferner ein freiwilliger vorübergehender Verzicht mit Rücksicht auf eine besondere Notlage der Gemeinde⁸⁶, wenn er nicht länger als 10 Jahre andauert. Unschädlicher Verzicht dieser Art ist gegeben, wenn die Rechtler der Gemeinde die Verwirklichung dringender öffentlicher Projekte (z. B. Wasserleitungsbau) ermöglichen wollen. Unschädlich ist eine Unterbrechung weiter, wenn die NRe wegen des Zustands des belasteten Grundstücks (z. B. Waldbrand, Kahlschlag zur Schädlingsbekämpfung, Windbruch) oder sonst infolge höherer Gewalt (Krieg, Tierseuchen unter den Weidetieren usw.) zeitweise nicht ausgeübt werden können⁸⁷. Dabei genügt auch zeitweiser Verzicht im Interesse ordnungsgemäßer Bewirtschaftung, der dazu dient, ein heruntergewirtschaftetes Grundstück sich erholen zu lassen. Wird aber z. B. nur deswegen auf Streuentnahme verzichtet, damit die Streu dem Waldboden als Nährstoff verbleibt, so liegt Unterbrechung vor⁸⁸. Unterbrechungen aus persönlichen Gründen können ebenfalls unschädlich sein, etwa, wenn ein Anwesen abbrennt und 1–2 Jahre kein Brennholz bezogen wird, weil der Eigentümer bis zum Wiederaufbau keines benötigt.

Ist die Unterbrechung hingegen zu vertreten, so erlischt das GNR⁸⁹. Der Berechtigte muß die Unterbrechung vertreten, wenn er auch nur einmal die Nichtgewähr der Nutzungen hinnimmt, ohne alsbald sein Recht geltend zu machen, wenn er die Nutzungen in Unkenntnis des NRes nicht bezieht⁹⁰, wenn er seine Tiere nicht zur Weide schickt, weil ihm die Weide nicht ergiebig genug erscheint⁹¹, und in ähnlichen Fällen. Wer Bauholz nicht in Anspruch nimmt, verliert sein Bezugsrecht nur insofern, als ein Baufall eingetreten war: Wer einen Schuppen baut, ohne Bauholz zu fordern, behält das Bauholzrecht für sein Wohnhaus⁹². Beachtet muß in diesem Zusammenhang werden, daß die Nichtausübung nur einer Nutzungsbefugnis dann nicht schadet, wenn das GNR verschiedene Befugnisse gewährt und andere Rechtler es weiterhin voll ausüben⁹³.

d) Die Ausübung muß kraft Rechtsüberzeugung erfolgt sein

Hierzu ist erforderlich, daß die Beteiligten der Überzeugung sind, daß Gewährung und Bezug der Nutzungen dem geltenden Recht entsprechen und auf Grund eines Rechtsanspruchs, nicht nur als widerrufliche Vergünstigung, erfolgen⁹⁴. Eine Rechtsüberzeugung, die den Hauptgrundsätzen des Gemeindenutzungsrechts widerspricht, führt jedoch nicht zur Bildung von Herkommen⁹⁵. Die Rechtsüberzeugung muß zwar dahingehen, daß es sich um

⁸⁵ Vgl. VGH vom 2. 12. 1958 in „Fundstelle“ 59 Nr. 6

⁸⁶ Vgl. VGH 12/179 und Art. 25 Abs. 1 FRG

⁸⁷ Vgl. Illig S. 31 und Art. 25 Abs. 1 FRG

⁸⁸ So VG Ansbach vom 4. 11. 1958 Nr. 2397 ff.—II/56

⁸⁹ Vgl. VGH n. F. 9/111

⁹⁰ Vgl. VGH 50/105

⁹¹ A. M. Stadler S. 25

⁹² So Stenger in BayBgm 1938/114

⁹³ So VGH 48/94, 50/37

⁹⁴ Vgl. VGH 50/36 und VGH vom 13. 9. 1937 in BayGemVZ 1938/390, ferner Laforet, Anm. 2 zu Art. 35 GO 1927

⁹⁵ Vgl. VGH 50/37, VGH 51/156 (keine Jagdnutzung!), VGH n. F. 2/4 und VGH vom 13. 2. 1958 in BayVBl. 1958/279. Sind alle NRe im Dorf mit den Anwesen verbunden, darf die Rechtsüberzeugung nicht ein unbebautes Grundstück als berechtigt anerkennen

Sonderrechte handelt, doch verlangt dies nicht, daß es gleichzeitig auch nichtberechtigte Hofbesitzer im Ort geben mußte⁹⁶, weil in sehr kleinen Dörfern häufig jeder Hof ein GNR besaß. Daß eine Rechtsüberzeugung, die bis zum 18.1.1922 zurückreicht, seinerzeit etwa gegen das Gesetz (Neubegründungsverbot) verstieß, ist unschädlich. Bis zum 18.1.1922 nachgewiesenes Herkommen konnte auch rechtskräftigen Urteilen, Vergleichen oder Verträgen aus der Zeit vor 1922 widersprechen⁹⁷, doch ist das Vorhandensein der Rechtsüberzeugung in solchen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen. Dies ergibt sich daraus, daß rechtskräftige Entscheidungen nach Art. 35 Abs. 1 GO 1927 der Bildung von Herkommen entgegenstanden, während die GO 1952 eine derartige Bestimmung nicht mehr enthält. Bei Urteilen, die nach 1922 ergingen, kann jedoch nicht angenommen werden, daß eine ihnen widersprechende Nutzung in Rechtsüberzeugung ausgeübt wurde.

Träger der Rechtsüberzeugung muß auf der einen Seite stets die Gemeinde sein, Überzeugungen der Rechtler unter sich genügen nicht⁹⁸. Handelt es sich darum, ob im Ort überhaupt GNRe bestehen, so muß die nötige Rechtsüberzeugung beim Gemeinderat und wenigstens bei der Mehrheit der Rechtler bestehen und bestanden haben⁹⁹, während es auf die etwaige Überzeugung der Nichtberechtigten nicht ankommt¹⁰⁰, weil sich beim GNR nur Gemeinde und Rechtler gegenüberstehen und die Interessen der Nichtrechtler durch die Gemeinde wahrgenommen werden. Die gegenteilige Meinung beruht offenbar auf der früheren Gemeindegesetzgebung, wonach die Anerkennung von GNRe durch die Gemeinde meist zur Folge hatte, daß die Nichtrechtler Gemeindeumlagen zahlen mußten, weil der Gemeindebedarf nicht durch die Nutzungen gedeckt werden konnte, so daß die Nichtrechtler unmittelbar beteiligt waren. Handelt es sich um die Frage, welche Befugnisse das GNR verleiht, entscheidet ebenfalls die Überzeugung des Gemeinderats und der Rechtlermehrheit. Geht es aber um die Berechtigung eines einzelnen, während das Bestehen von NRe im Ort unstreitig ist, so entscheidet nur die Rechtsüberzeugung des Gemeinderates und des Nutzenden, die Meinung der übrigen Rechtler ist unmaßgeblich¹⁰¹, weil das GNR nur Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde und dem jeweiligen Berechtigten erzeugt und die Gemeinschaft der Rechtler nicht mehr wie vor 1818 für die Anerkennung eines GNRes zuständig ist.

Kataster- und Grundbucheinträge sowie Anrechnung der Nutzungsbefugnis bei Hofübertragung lassen auf Rechtsüberzeugung schließen, wenn die Gemeinde die Nutzungen widerspruchslos gewährte¹⁰². Die Überzeugung, daß GNRe vorliegen, fehlt, wenn neben den angeblich Berechtigten jeder nach Belieben nutzen durfte, was bei Sand- und Kiesgruben häufig vorkam.

Die bloße Tatsache, daß Nutzungen jahrelang widerspruchslos gewährt wurden, erzeugt noch nicht die verpflichtende Kraft eines Rechtsbewußtseins,

⁹⁶ So zu Unrecht VGH vom 13. 9. 1937 in BayGemVZ 1938/390

⁹⁷ So VGH vom 2. 12. 1958 in BayVbl. 59/94 und VGH vom 20. 1. 1960 Nr. 66 IV 57 unter Berufung auf Illig in BayBgm 53/29–31, ferner Helmreich-Widmann, Anm. 6 zu Art. 68 GO

⁹⁸ Vgl. VGH 50/36

⁹⁹ Vgl. VGH n. F. 10/15

¹⁰⁰ A. M. Illig S. 32 und VGH n. F. 10/15

¹⁰¹ A. M. Illig S. 32

¹⁰² Vgl. Laforet, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927

wenn die Nutzungen lediglich aus Rechtsirrtum im Widerspruch zu tragenden Grundsätzen des Gemeindenutzungsrechts zugestanden und geduldet wurden¹⁰³. Liegt ein solcher Verstoß gegen Wesensmerkmale der GNRe aber nicht vor, so entscheidet nur die beiderseitige Rechtsüberzeugung, auch wenn sie das Bestehen eines GNRes nur irrtümlich annahm¹⁰⁴.

4. Beweis für Herkommen

Ob sich Herkommen bildete, unterliegt im Streitfall der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 108 Abs. 1 VwGO). Der Nachweis braucht nicht für jedes Jahr geführt zu werden. Mitunter genügt es, daß ein GNR nachweislich am 18.1.1922 ausgeübt wurde und in Anbetracht der fortlaufenden Ausübung der NRe durch die übrigen Rechtler nichts auf eine Unterbrechung in der Folgezeit hindeutet. Der Nachweis teilweiser Ausübung genügt zur Anerkennung des vollen GNRes, wenn andere nachweislich alle Einzelbefugnisse in Anspruch nahmen¹⁰⁵. Kataster- und Grundbucheinträge sowie Erwähnung eines GNRes in notariellen Urkunden beweisen nicht tatsächliche Ausübung, wohl aber z. B. Gemeinderechnungen über Holzzuteilungen. Bei Herkommen im Bereich einer früheren Ortschaft ist nachzuweisen, daß sich das Herkommen 1935, als die Ortschaft in der politischen Gemeinde aufging, fortsetzte.

IV. Zusammentreffen von Titel und Herkommen

GNRe können gleichzeitig auf Titel und Herkommen gestützt werden, außerdem kann Herkommen den Inhalt und die Ausübung eines Titelrechts näher umreißen und sogar abändern oder im Umfang ausdehnen¹⁰⁶.

§ 4 Gemeindenutzungsrechte wurzeln in der Dorfgemeinschaft

I. Grundsatz

Die GNRe sind geschichtlich im Rahmen der dörflichen Lebensgemeinschaft entstanden und wurzeln heute – was ihr Wesen besonders kennzeichnet – im Gemeindeverband der politischen Gemeinde, denn von ihr und nicht der Dorfgemeinschaft hängt die Nutzungsgewährung ab. Dasselbe gilt seit 1935 auch für NRe im Bereich ehemaliger Ortschaften.

Das Bindeglied zur Dorfgemeinschaft und damit auch zur politischen Gemeinde ist in den meisten Fällen der Besitz eines Anwesens, zu dessen wirtschaftlicher Ergänzung die Nutzungen dienen, in der Gemarkung des Dorfes. In manchen Fällen ist der Bezug von Nutzungen auch an die Gemeindebürgereigenschaft, an ein Amt im Dorf oder an eine örtliche Einrichtung geknüpft¹⁰⁷.

„Fliegende“ oder „walzende“ NRe ohne eine solche Bindung zur Dorfgemeinschaft können niemals GNRe sein¹⁰⁸.

¹⁰³ So – allerdings etwas unklar – Illig S. 32 und VGH n. F. 2/4

¹⁰⁴ Vgl. VGH 13/131 und Kiefersauer S. 52

¹⁰⁵ Vgl. VGH 48/94 und 50/37

¹⁰⁶ Vgl. VGH 37/148, VGH n. F. 10/15, ferner Illig S. 49

¹⁰⁷ Vgl. Illig S. 19

¹⁰⁸ „Fliegend“ oder „walzend“ bedeutet frei übertragbar auf jede beliebige Person (Deutsches Wörterbuch, Jacob und Wilhelm Grimm, Leipzig 1922, 13. Band, S. 1414).

II. Markungsgebundenheit

1. Begriff

Die Markungsgebundenheit der NRe ist die räumliche Seite ihrer Bindung zur Dorfgemeinschaft. Die Gemarkung grenzt den räumlichen Bezirk der alten Dorfgemeinschaft, in dem die NRe entstanden sind, ab¹⁰⁹. Sie deckt sich meist nicht mit der Steuergemarkung (Steuergemeinde) der Vermessungsbehörden und ist mit dem Hoheitsgebiet der politischen Gemeinde in der Regel nur dort identisch, wo diese aus einer Ansiedlung besteht. Alle Dörfer, die vor 1935 eine selbständige Ortschaft bildeten, haben ihre eigene Ortsgemarkung behalten. Das Gebiet einer politischen Gemeinde, die sich aus mehreren Dörfern zusammensetzt, zerfällt daher in sovielen Ortsgemarkungen als früher Ortschaften vorhanden waren, kann aber in Ausnahmefällen auch nur eine einzige Gemarkung darstellen, wenn nämlich die Dörfer hinsichtlich der Nutzung von alters her eine Gesamtmarkung bildeten.

Die Markungsgebundenheit verlangt, daß das Anwesen, für das Nutzungen beansprucht werden, innerhalb der Ortsgemarkung liegt¹¹⁰; – mit der Bürger-eigenschaft, dörflichen Ämtern oder Einrichtungen verbundene NRe sind ohnehin von der Ortsgemarkung nicht zu trennen. Dieser Grundsatz gilt ausnahmslos. Wurden im Lauf der Geschichte z. B. unter dem Druck der Herrschaft auch Auswärtigen NRe zugestanden und bestehen solche noch heute fort, so sind sie bürgerlich-rechtliche Forstrechte usw., aber nie GNRe¹¹¹. Dasselbe gilt für NRe ausmärkischer Hofbesitzer, bei denen die Bindung zur politischen Gemeinde fehlt. Der Grundsatz der Markungsgebundenheit besagt hingegen nicht, daß auch das belastete Grundstück innerhalb der Dorfgemarkung liegen müsse¹¹², weil die Bindung an die Dorfgemeinschaft vom Berechtigten ausgeht. Das der Gemeinde gehörende, mit NRen belastete Grundstück kann außerhalb der betreffenden Ortsgemarkung in einer fremden Orts- oder Gemeindegemarkung, in ausmärkischem Gebiet, ja sogar jenseits der Landesgrenzen liegen¹¹³. Mehrere Dörfer besitzen als Überreste einstiger Großmarken noch heute gemeinsame ausmärkische Gebiete, deren Nutzungen den Gemeinderechtlern zustehen¹¹⁴.

2. Folgen

Jede Veränderung in der Markungsgebundenheit berührt das Wesen der GNRe und ist unzulässig. GNRe dürfen nicht in eine andere Gemarkung übertragen werden¹¹⁵, auch die gezogenen Nutzungen müssen – soweit

¹⁰⁹ Vgl. Zimmermann in BayBgm 1950/149

¹¹⁰ So VGH 8/85 und 16/5, VGH n. F. 2/4; ferner Helmreich-Widtmann, Anm. 4 zu Art. 68 GO

¹¹¹ Vgl. Kahr, Fußnote 11 zu Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869; Hirschmann S. 21 (NR eines herrschaftlichen Beamten, das diesem auf Geheiß des Fürsten im 18. Jahrhundert für sein in einem auswärts gelegenen Dorf erbautes Anwesen zugestanden wurde) und Akten der Regierung von Mittelfranken II/1d – 4066 c (NRe von sieben Bauern der Gemeinde Langenfeld am Gemeindewald Ullstadt, Landkreis Scheinfeld).

¹¹² So zu Unrecht Widtmann-Wilhelm, Anm. 2 zu Art. 68 GO, und Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S. 284 (NR erlösche bei Umgemeindung des belasteten Grundstücks).

¹¹³ So Illig S. 22; BayBgm 1953/263; VGH 51/147 (Wald in Böhmen)

¹¹⁴ Beispiel: Gemeindefreier Osing, Landkreis Uffenheim

¹¹⁵ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 4 zu Art. 68 GO, und Illig S. 17, 69 und 70 (Nur die Ausübung des NRes kann Fremden überlassen werden.)

nicht Titel oder Herkommen deren freie Verwendung gestatten – innerhalb der Gemarkung verwendet werden¹¹⁶, was besonders für Bauholz und Streu gilt.

3. Einfluß von Gemeindegrenzänderungen

Nach h. L.¹¹⁷ wird die Gemarkung, in der die NRe wurzeln, von Gemeindegrenzänderungen nicht berührt. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, denn der Markungsumfang war im Lauf der Geschichte stets veränderlich und kann daher auch heute durch Gemeindegrenzänderungen beeinflusst werden. Fällt z. B. infolge einer Umgemeindung die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinde nicht mehr mit der Mitgliedschaft in der Gemeinde, die die Nutzungen gewährt, zusammen, so wurzelt das NR nicht mehr im bisherigen Gemeindeverband, weil der Rechtler fortan in eine andere politische Gemeinde eingegliedert ist. Das GNR kann als solches mangels öffentlich-rechtlicher Bindung zur verpflichteten Gemeinde nicht fortbestehen, es wird höchstens zum ersessenen bürgerlich-rechtlichen NR; denn eine Änderung der Rechtsnatur muß nicht unbedingt den Bestand des NRes berühren und ist nicht Neubegründung. (Wer dagegen Untergang des NRes annimmt, muß Entschädigung gewähren.) Im einzelnen gilt folgendes:

Wird eine Gemeinde oder eine ehemalige Ortschaft mit eigener Gemarkung in eine andere Gemeinde eingegliedert, die nunmehr Allmendeeigentümerin wird, so bleiben die GNRe im Raum der bisherigen Markung unverändert. Werden Einzelgehöfte eingemeindet, so sind ihre Bewohner in der neuen Gemeinde nur nutzungsberechtigt, wenn sie es schon am 18.1.1922 waren. Gelangen durch Eingemeindung neue Allmendeflächen (Wald, Weide usw.) in das Eigentum der aufnehmenden Gemeinde, so können deren Rechtler an den neuen Flächen nur dann NRe geltendmachen, wenn die Nutzung bis zum 18.1.1922 zurückreicht. In den beiden letztgenannten Fällen können GNRe von Höfen des aufnehmenden Dorfes auf später eingemeindete Anwesen oder in hinzugekommenen Gebietsteilen erbaute Häuser übertragen werden, weil die wesensmäßige Verbindung mit der die Nutzungen gewährenden politischen Gemeinde erhalten bleibt¹¹⁸, denn der öffentlich-rechtliche Gemeindeverband erfaßt auch die neuen Gebietsteile; die Ortsgemarkung hat sich erweitert.

Wird eine Ortschaft mit eigener Gemarkung ausgemeindet, ändert sich nichts, sofern das Allmendeeigentum auf die neue politische Gemeinde übergeht, was fast stets der Fall ist. Bleibt es aber bei der alten Gemeinde, so verlieren die NRe ihren öffentlich-rechtlichen Charakter als GNRe. Werden Einzelgehöfte ausgemeindet, können ihren Besitzern in der alten Gemeinde keine GNRe mehr zustehen, ihre NRe bleiben allenfalls als bürgerlich-rechtliche erhalten. Werden nutzungsbelastete Flächen ausgemeindet, so unterliegen sie weiter der Nutzung durch die Rechtler der alten Gemeinde, wenn diese das Eigentum behält. Wird die neue Gemeinde Eigentümer, so gehen die NRe an jenen Flächen unter, wobei Entschädigung zu zahlen ist.

¹¹⁶ Vgl. VGH 17/189–190

¹¹⁷ So Illig S. 17 und 92; Mang (Heigl) S. 275; BayBgm 1953/263; Helmreich-Widtmann, Anm. 4 zu Art. 68 GO; vgl. auch VGH 48/87 für Realgewerberechte

¹¹⁸ So auch Woerner, Anm. 6 zu Art. 36 GO 1927

III. Verbindung mit dem Anwesen als Bindeglied zur Dorfgemeinschaft

1. Wesen der Verbindung

GNRe sind meistens mit bestimmten Anwesen als subjektiv-dingliche Rechte derart verbunden, daß der jeweilige Eigentümer berechtigt ist. Diese mit dem Anwesen verwurzelten NRe nennt man radizierte (radix = Wurzel) NRe. Radiziert sind auch NRe, die herkömmlich jedem Hausbesitzer schlechthin zustehen¹¹⁹. Das GNR erscheint hier als Bestandteil des Anwesens¹²⁰ nach § 96 BGB, wenn auch nicht als wesentlicher Bestandteil im Sinn von § 93 BGB. Es ist oft als Zubehör des Grundstücks im Kataster und Grundbuch eingetragen, ist aber, weil die persönliche Bindung des Eigentümers an die Gemeinde im Vordergrund steht, kein grundstücksgleiches Recht¹²¹. Als Realberechtigung kann das radizierte GNR nie vom Anwesen gelöst werden, um als fliegendes NR von Hand zu Hand zu wandern oder sonst zum rein persönlichen NR zu werden, wohl aber, um auf ein anderes Wohnhaus derselben Gemarkung übertragen zu werden¹²². Solange es nicht übertragen wird, teilt das radizierte GNR das Schicksal des Anwesens und geht bei Erbfolge, Zwangsversteigerung und Verkauf auf den Erwerber über¹²³. Der frühere Eigentümer kann sich die Nutzung nicht vorbehalten¹²⁴. Bei Verpachtung des Hofes ist das NR im Zweifel mitverpachtet¹²⁵.

Darüber, ob sich die Grundpfandrechte wie z. B. die Hypotheken auch auf die radizierten NRe und die aus ihnen fließenden Nutzungsansprüche erstrecken, herrscht Unsicherheit. Einige bejahen dies unter Hinweis auf §§ 96, 1120 und 1126 BGB und berufen sich auf die Wertsteigerung, die das Anwesen durch das NR wirtschaftlich erfährt¹²⁶. Nach dieser Ansicht bedarf die Aufhebung eines GNRes stets der Zustimmung des etwaigen Hypothekengläubigers nach § 876 BGB. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigegeben werden, weil sie dem Wesen der GNRe nicht entspricht. Die Hypothekenhaftung des BGB erfaßt grundsätzlich keine öffentlichen Rechte, auch wenn sie Vermögenswert haben¹²⁷. Auch radizierte NRe drücken in gewisser Weise das Mitgliedschaftsrecht des Hofeigentümers in der Dorfgemeinschaft aus und sind oft mit persönlichen Gegenleistungen verbunden, die der Hypothekengläubiger nicht erbringen könnte. GNRe gehen durch Nichtausübung unter, ohne daß dies der Gläubiger verhindern könnte. Wenn das NR durch Versteigerung des Anwesens im Rahmen der Hypothekenklage nach § 1147 BGB auf den Erwerber übergeht, so geschieht das kraft der öffentlich-recht-

¹¹⁹ Vgl. Kahr, Fußnote 7 zu Anm. 2c zu Art. 33 GO 1869, und BayGemVZ 1929/565

¹²⁰ Vgl. VGH 14/265–268 und BayObLG in BVBl. 1961/161

¹²¹ So BayBgm 1951/239

¹²² Vgl. VGH 11/469, 17/197, 27/45, VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/278; Illig S. 20; siehe auch Art. 33 GO 1869

¹²³ Vgl. VGH n. F. 2/3 und 11/132, ferner Mang (Heigl) S. 270

¹²⁴ So VGH in VwRspr. 1950/80, aber evtl. Umdeutung in vorübergehende bürgerlich-rechtliche Überlassung der Nutzung (VGH 51/156)

¹²⁵ Vgl. Illig S. 70

¹²⁶ So Woerner, Anm. 2 zu Art. 36 GO 1927; Soergel, Anm. 3 zu § 96 BGB und Anm. 1–2 zu § 1126 BGB; ferner Illig S. 81; VGH 33/247 und VfGH in GVBl. 1951 S. 169 (für HNRe)

¹²⁷ So ausdrücklich VGH 50/104; VG Ansbach vom 13. 12. 1960 Nr. 2637–II/60; Laforet, Anm. 1 zu Art. 36 GO 1927; Mayer, Sonderheft 310 der „Fundstelle“, S. 18

lichen Verwurzelung mit dem Anwesen, nicht aber auf Grund von § 865 Abs. 1 ZPO, §§ 20 Abs. 2, 146 ZVG. Der Hypothekengläubiger braucht einer Ablösung oder Aufhebung des GNRs nicht zuzustimmen.

Der Eigentümer des Anwesens, auf dem das NR ruht, muß nicht Gemeindebürger sein¹²⁸, denn die Bindung an die Dorfgemeinschaft ist schon durch den Besitz des Anwesens gegeben. Wenn die ältere Literatur¹²⁹ die Gemeindebürgereigenschaft als Voraussetzung der Nutzung erwähnt, besagt dies nichts anderes, weil nach der früheren Gemeindegesetzgebung die Besitzer eines besteuerten Anwesens im Dorf den Gemeindebürgern gleichstanden¹³⁰. Der Eigentümer kann folglich in der Stadt oder in einem anderen Dorf wohnen und das Anwesen von dort aus oder durch einen Pächter bewirtschaften¹³¹. Sogar eine juristische Person kann als Eigentümer eines Anwesens ein radiziertes NR ausüben¹³².

2. Räumliche Grundlagen des radizierten NRs

a) In aller Regel ruht das radizierte NR auf der Haus- und Hofstätte, also dem Grundstück, auf dem das Anwesen als Mittelpunkt der bäuerlichen Wirtschaft steht und das – unter einheitlicher Flurstücksnummer – Wohnhaus, Scheune, Nebengebäude, Hausgarten und Hofraum umfaßt¹³³. Das NR kann durch Erklärung des Rechtlers auf einen Teil des gesamten Hofgrundstücks beschränkt werden, wenn dort das Wohnhaus steht oder – nach Verkauf der Restfläche – neu errichtet wird¹³⁴. Wird das Anwesen ohne eine solche Fixierung in zwei jeweils mit einem Wohnhaus versehene Hälften zerteilt, so steht das NR den Eigentümern beider Hälften, sofern nicht die Gemeinde eine Zerstückelung des Rechts genehmigt, fortan gemeinschaftlich zu.

b) In selteneren Fällen ruht das GNR nach Titel oder Herkommen auf dem Wohnhaus allein (ohne Nebengebäude, Hofraum und Garten)¹³⁵, wobei im Falle der Hofteilung dem das NR zufällt, der das alte Wohnhaus behält¹³⁶.

c) Auf einem Grundstück ohne Wohnhaus kann ein GNR grundsätzlich nicht ruhen. Die Formulierung „auf einem Haus oder Grundstück“ in Art. 33 Abs. 1 GO 1869 und Art. 36 Abs. 1 GO 1927 ist insofern irreführend, meinte aber auch nur das Grundstück der Haus- und Hofstätte¹³⁷. Ein Herkommen des Inhalts, daß ein NR auch mit einem unbebauten Grundstück (dessen Gebäude etwa abgerissen oder zerstört wurden) oder einem nur mit Nebengebäuden bebauten Grundstück verbunden sein kann, konnte sich nie

¹²⁸ A. M. Kiefersauer S. 36

¹²⁹ Vgl. Meisner S. 430

¹³⁰ Vgl. Kahr, Anm. 17b, 22b zu Art. 32 GO 1869

¹³¹ Vgl. VGH 1/282 und 17/189

¹³² So Illig S. 93

¹³³ So VGH 11/474, 14/265–266, 46/88, 51/152, VGH in BVBl. 1958/279, Mang (Heigl) S. 270, Illig S. 18

¹³⁴ Vgl. auch VGH 14/271 und Kahr, Anm. 2c zu Art. 33 GO 1869

¹³⁵ Vgl. VGH 14/269, 15/193, 27/46; ferner Kahr, Anm. 5 zu Art. 33 GO 1869

¹³⁶ Siehe VGH 8/86

¹³⁷ Vgl. VGH 11/474 und VGH in BVBl. 1958/279; ferner Woerner, Anm. 5 zu Art. 36 GO 1927

bilden, weil es dem Wesen radizierter NRe widersprochen hätte¹³⁸. Eine Ausnahme machen nur Grundstücke, die bloß vorübergehend ohne Wohnhaus sind oder als Bauplatz alsbald bebaut werden¹³⁹.

3. Beschaffenheit der Hofstätte oder des Hauses

Die gelegentlich noch vertretene Ansicht, es müsse sich stets um ein Anwesen handeln, von dem aus Landwirtschaft betrieben werde, widerspricht der geschichtlichen Entwicklung. Zwar waren zu Anfang Häuser ohne Feldbesitz (Tropfhäuser, Leerhäuser) von der Nutzung ausgeschlossen, doch gingen schon im Mittelalter viele Bauern auf Handel, Gewerbe und Handwerk über, wurden z. B. Müller, Schmiede, Gastwirte usw. und betrieben die Landwirtschaft nur noch nebenher oder gaben sie ganz auf. In den letzten Jahrzehnten wurden viele Kleinbauern zu Fabrikarbeitern, vor allem in kleineren Landstädtchen und Marktflecken. Im Alpenland wandelten viele Landwirte ihren Hof in einen Pensionsbetrieb um. Die NRe blieben in all diesen Fällen erhalten, weshalb heute davon auszugehen ist, daß grundsätzlich jedes beliebige Wohnhaus Träger eines NRes sein kann, soweit Titel oder Herkommen im Einzelfall nichts anderes besagen¹⁴⁰. Aufgabe der Landwirtschaft und Verkauf der Felder sind also unschädlich. Es finden sich demzufolge mancherorts Wohnhäuser mit angeschlossenem Gewerbebetrieb, mit einer Gastwirtschaft oder Pension¹⁴¹, ja selbst ehemals herrschaftliche Land-sitze, mit denen bis heute NRe verbunden sind. Ein Anwesen ohne landwirtschaftlichen Betrieb kann allerdings nicht Träger eines GNRes sein, das rein landwirtschaftliche Nutzungsbefugnisse (z. B. Weide und Ackernutzung) verleiht¹⁴².

4. Untergang radizierter GNRe

Mit der Vernichtung des Wohnhauses (Brand, Abbruch usw.) gehen radizierte GNRe unter, sofern das Wohnhaus nicht alsbald wiederaufgebaut wird oder das GNR auf ein anderes Wohnhaus derselben Gemarkung übertragen wird¹⁴³. Gleiches gilt, wenn das Haus z. B. durch Umwandlung in eine gewerbliche Fabrikationsstätte seinen Charakter als Wohnhaus verliert. Der Fortbezug der Nutzungen vermag das Erlöschen des GNRes nicht zu verhindern. Der Untergang des GNRes erfolgt in dem Zeitpunkt, in dem endgültig feststeht, daß das Grundstück ohne Wohnhaus bleibt.

Dies steht solange noch nicht fest, als der Wiederaufbau des zerstörten Wohnhauses objektiv noch möglich ist und der Eigentümer subjektiv unter Berücksichtigung der zeitlichen und örtlichen Verhältnisse den Aufbauwillen hat. Wenn das GNR erhalten bleiben soll, darf die Zeitspanne zwischen Zerstörung und Wiederaufbau jedoch in keinem Fall mehr als zehn Jahre betragen¹⁴⁴.

¹³⁸ So VGH 15/193 und 27/48; a. M. Kahr, Anm. 5 zu Art. 33 GO 1869

¹³⁹ Vgl. Illig S. 91

¹⁴⁰ So VGH 17/65, 27/46, 37/160 und Illig S. 73 und 93

¹⁴¹ Beispiel: Hotel „Grüner Baum“ in Uffenheim/Mittelfranken

¹⁴² Vgl. hierzu Illig S. 97

¹⁴³ So VGH 27/45, 49/153–156 und VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/281

¹⁴⁴ So VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/281

5. Nachweis der Radizierung

Ob bestehende GNRe radiziert sind, ergibt sich aus Titel oder Herkommen, wobei die Vermutung für eine Verbindung mit den Anwesen spricht¹⁴⁵.

IV. Andere Bindeglieder zur Dorfgemeinschaft

Das Schweigen des Gesetzes schließt nicht aus, daß eine Bindung des Nutzungsberechtigten an die Dorfgemeinschaft auch auf andere Weise als durch den Besitz eines Anwesens begründet sein kann¹⁴⁶.

1. Persönliche GNRe

In manchen Orten sind einzelne Gemeindebürger auf Grund besonderer persönlicher Verhältnisse nutzungsberechtigt, wobei die bloße Eigenschaft als Gemeindebürger (oder Bürger einer ehemaligen Ortschaft) die Bindung zum Gemeindeverband herstellt.

a) Gemeindebürger mit eigenem Haushalt

Nach der früheren Gemeindegesetzgebung (§§ 14 Ziff. 3, 27 GE 1808; §§ 18, 26 GE 1818/34; Art. 32 Abs. 2 GO 1869) durften alle Gemeindebürger mit eigenem Haushalt an den Allmendenutzungen teilhaben, soweit nicht Titel oder Herkommen die Nutzung auf einzelne von ihnen beschränkten¹⁴⁷. Im Gegensatz zu dieser widerruflichen und vom Willen der Gemeinde abhängigen Nutzung war es auch möglich, daß ein Titel oder rechtsbegründetes Herkommen den Gemeindebürgern mit eigenem Haushalt ähnlich wie in den meisten Gemeinden den Besitzern bestimmter Anwesen einen unwiderruflichen Rechtsanspruch auf die Nutzung gewährten, so daß persönliche GNRe entstanden¹⁴⁸. Wo sich eine solche Übung bis heute erhalten hat, muß jedoch gefordert werden, daß der betreffende Gemeindebürger mit eigenem Haushalt oder seine Rechtsvorgänger ununterbrochen seit dem 18.1.1922 Nutzungen bezogen haben. Eine Berechtigung aller jeweiligen Gemeindebürger mit eigenem Haushalt anzunehmen¹⁴⁹, würde eine ständige Vermehrung der GNRe zur Folge haben und verstieße deshalb gegen das Verbot, GNRe neu zu begründen (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO).

b) Gemeindebürger als Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe

Mitunter sind die Angehörigen einer bestimmten Berufsgruppe hinsichtlich der Allmendenutzung bevorrechtigt und haben besondere persönliche GNRe. So dürfen etwa mancherorts die Metzger ihr Schlachtvieh auf eine bestimmte Weide treiben, die Gerber Lohrinde aus dem Wald entnehmen, oder der Schmied, die Hebamme und andere Angehörige selbständiger Berufe erhalten jährlich gesonderte Holzzuteilungen¹⁵⁰.

¹⁴⁵ So VGH 14/265, 17/189, 46/45, VGH n. F. 2/3

¹⁴⁶ Vgl. Woerner, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927; Mang (Heigl) S. 271

¹⁴⁷ Vgl. VGH 16/3, 17/198, 36/194 und 37/149

¹⁴⁸ Siehe Kahr, Fußnote 7 zu Anm. 2c zu Art. 33 GO 1869

¹⁴⁹ So Illig S. 19

¹⁵⁰ Vgl. Stadler S. 16, 28–30 für Handwerkszünfte

2. GNRe einer örtlichen Einrichtung

Denkbar ist auch, daß GNRe mit einer örtlichen Einrichtung verbunden sind. Allerdings darf es sich nicht um eine eigene Einrichtung der Gemeinde handeln, denn eine solche könnte gegenüber der Gemeinde keine selbständigen Rechte und Pflichten haben.

a) Kirchliche Einrichtungen

Eine örtliche Kirchen- oder Pfarrpfündestiftung kann Träger eines GNRes sein, wenn die Stiftung nicht auf Grund des öffentlich-rechtlichen Kirchenverbandes, sondern deshalb, weil sie herkömmlich als gleichberechtigtes Glied der Dorfgemeinschaft angesehen wurde, an der Gemeindenutzung teilhaben durfte¹⁵¹.

Im Einzelfall kann es jedoch oft schwierig sein zu unterscheiden, ob es sich um auf dem Gemeindeverband beruhende GNRe der Kirchen- oder Pfarrpfündestiftung oder um auf dem Kirchenverband beruhende gemeindliche Besoldungsleistungen an kirchliche Amtsträger (siehe hierüber weiter unten Abschnitt 3, b) handelt. Hat die kirchliche Einrichtung die gleiche Nutzungsbefugnis wie die übrigen Rechtler oder beziehen ihre Amtsträger zusätzlich zu dem NR der Einrichtung besondere Besoldungsleistungen¹⁵² von der Gemeinde, so spricht dies dafür, daß es sich bei dem NR der kirchlichen Einrichtung um ein echtes GNR handelt.

b) Schulen

In früheren Jahrhunderten wurden dörfliche Schulen häufig von geistlichen oder weltlichen Grundherren errichtet und mit GNRen ausgestattet¹⁵³. Nachdem der sächliche Bedarf für die öffentlichen Volksschulen inzwischen Pflichtaufgabe der Gemeinde (oder der im Schulverband zusammengeschlossenen Gemeinden) geworden ist (Art. 4 SchBG), sind solche GNRe heute gegenstandslos geworden. Örtliche Schulen anderer Art können jedoch weiterhin Träger von GNRen sein, vorausgesetzt, daß das GNR Befugnisse verleiht, die die Schule auszuüben imstande ist (Holz-, nicht aber Weidenutzung)¹⁵⁴.

c) Sonstige örtliche Einrichtungen

Möglich ist schließlich auch, daß Personengemeinschaften als solche, wenn sie in irgendeiner Form Teil des Gemeindeverbands sind, ein GNR haben. In Weiltingen, Lkr. Dinkelsbühl, verfügt z. B. die sogenannte Schafgemeinde als Verband der schafweideberechtigten Gemeindebürger über ein eigenes GNR am Gemeindewald¹⁵⁵. Der ehemaligen Herrschaft kann jedoch heute kein GNR mehr zustehen, weil ihre Bindung zur Gemeinde mit der Auf-

¹⁵¹ Vgl. VGH 34/251, 54/175 und Kahr, Anm. 22a zu Art. 32 GO 1869. Mang (Heigl) S. 269 leugnet die Verwurzelung solcher NRe im Gemeindeverband. Beispiele für GNRe von Kirchen- oder Pfarrpfündestiftungen: Wernsbach, Landkreis Ansbach; Ehingen, Landkreis Dinkelsbühl; Frankenhofen, Landkreis Dinkelsbühl; Puschendorf, Landkreis Fürth; Katzwang, Landkreis Schwabach; Gollhofen, Landkreis Uffenheim (Geißendörfer S. 72); Herbolzheim, Landkreis Uffenheim; vgl. ferner den Fall in VGH 56/18.

¹⁵² Siehe unten § 4, IV, 3, b

¹⁵³ Vgl. VGH 29/83

¹⁵⁴ Vgl. das HNR des staatlichen Gymnasiums Fridericianum in Erlangen von 1716 bis 1959

¹⁵⁵ Erwähnt bei Koßmann S. 23

lösung der alten herrschaftlichen Verhältnisse im 19. Jahrhundert erloschen ist. Der einstige Grundherr gehört, sofern er nicht ein Anwesen im Dorf besitzt, auf dem ein GNR ruhen kann, dem Gemeindeverband nicht mehr an, weshalb ein von ihm ausgeübtes NR allenfalls bürgerlich-rechtlichen Charakter haben kann.

3. Sonderstellung der Besoldungsleistungen

Die im Rahmen der Allmendenutzung gewährten Besoldungsleistungen, die fast in jedem Dorf anzutreffen sind, haben mit GNRe im Sinne von Art. 68 ff. GO nichts zu tun, auch wenn sie wie diese historisch gewachsen sind¹⁵⁶ und bis zu einem gewissen Grad gleichfalls im Gemeindeverband wurzeln¹⁵⁷. Die als Teil der Besoldung eines Amtsträgers gewährten Nutzungen sind meist genau festgelegt (z. B. eine bestimmte jährliche Brennholzmenge, Nutzung eines Ackers usw.) und stimmen in Art und Umfang vielfach nicht mit dem überein, was den Gemeinderechtlern des Dorfes zusteht.

a) Gemeindebedienstete

Häufig haben Gemeindebedienstete wie Gemeindeschreiber, Gemeindediener, Gemeindevorsteher, Flurhüter, Waldaufseher, Totengräber, Nachtwächter u. a. im Rahmen ihrer Besoldung Nutzungsansprüche¹⁵⁸, die jedoch, auch wenn sie langjähriger Übung entsprechen, ihren Rechtsgrund nicht im Herkommen, sondern im Dienstvertrag mit der Gemeinde haben und deshalb keine GNRe sind. Es steht der Gemeinde frei, ob sie diese üblichen Nutzungen gewähren oder andere Bedingungen vereinbaren will, wenn eine Stelle frei geworden ist und ein neuer Bewerber auftritt. Dies gilt selbst dann, wenn die Gemeinde seit alters z. B. dem jeweiligen Gemeindediener denselben Nutanteil wie den Gemeinderechtlern gewährte und dabei die Bezeichnung „Gemeindenutzungsrecht“ gebrauchte¹⁵⁹.

b) Kirchliche Amtsträger

Besoldungsleistungen an Pfarrer, Mesner, Kantoren und Organisten gehen häufig darauf zurück, daß die Dorfgemeinschaft, die sich als Pfarrgemeinde im Rahmen des Kirchenverbandes für den Unterhalt der Kirchendiener mitverantwortlich fühlte¹⁶⁰, bei Errichtung der Pfarrei gewisse jährliche Naturalleistungen übernahm oder auf Geheiß des Landes- oder Grundherrn, der die Pfarrstelle schuf, übernehmen mußte (Dotation). Diese Verpflichtungen gingen bei Bildung der politischen Gemeinde auf diese über und bestehen, obwohl die Gemeinde gesetzlich nicht zur Besoldung der Kirchendiener ver-

¹⁵⁶ Vgl. VGH 37/158

¹⁵⁷ So Illig S. 19; a. M. VGH 56/18 und Mang (Heigl) S. 269

¹⁵⁸ Vgl. VGH 13/35 (Hirte) und VGH in BayGemVZ 1924/70–71

¹⁵⁹ In früherer Zeit konnte auch oft derjenige, der für die Dorfgemeinschaft den Bullen hielt, bestimmte Nutzungen wie z. B. den Ertrag einer Wiese (sogenannte Hummelwiese) beanspruchen. Derartige Berechtigungen sind heute gegenstandslos, seitdem die Beschaffung und Unterhaltung der erforderlichen gekörten männlichen Zuchttiere gemäß Art. 6 Abs. 1 des Tierzuchtgesetzes vom 14. 6. 1949 (BayBS IV S. 419) der Gemeinde obliegt und dingliche Verpflichtungen zur Haltung männlicher Zuchttiere nach Art. 8 Abs. 1 mit Inkrafttreten des Tierzuchtgesetzes erloschen sind. Beispiel für NR des Zuchttierhalters: VGH 37/24.

¹⁶⁰ Vgl. VGH 56/18

pflichtet ist, gewohnheitsrechtlich in vielen Orten bis heute weiter¹⁶¹. Die kirchlichen Besoldungsansprüche sind keine GNRe¹⁶², denn sie beruhen in erster Linie auf dem öffentlich-rechtlichen Kirchenverband, während die daneben bestehende Bindung an die Dorfgemeinschaft und den politischen Gemeindeverband in den Hintergrund tritt (anders bei den oben geschilderten echten GNRen kirchlicher Einrichtungen). Die Bestimmungen der Art. 68 ff. GO passen nicht auf diese NRe kirchlicher Amtsträger; sie werden von einer Ablösung oder Aufhebung der GNRe nach Art. 70 bzw. 71 GO nicht berührt – es sei denn, die Rechtler übernähmen bei Ablösung oder Aufhebung ihrer Rechte durch Vertrag mit Gemeinde und Kirchenstiftung oder Kirche die bisherige Verpflichtung der Gemeinde ganz oder teilweise, um sie fortan durch Nutzungsgewährung aus einem den Rechtlern als Entschädigung zugefallenen Walddistrikt zu befriedigen¹⁶³. Eine Ablösung dieser kirchlichen NRe, die, sofern sie auf Holzbezug gerichtet sind, als öffentlich-rechtliche Forstrechte nach Art. 1 Abs. 3 FRG anzusehen sind¹⁶⁴, kann nur vertraglich erfolgen¹⁶⁵. Sie sind grundsätzlich vor dem Eigenbedarf der Gemeinde und vor den Ansprüchen der Gemeinderechtl. zu befriedigen¹⁶⁶.

Über die Abgrenzung dieser Besoldungsleistungen von etwaigen GNRen der Kirchen- oder Pfarrpfundstiftung wird auf die Ausführungen oben (§ 4, IV, 2, a) verwiesen.

c) Lehrer

Nutzungsansprüche der Lehrer, die diesen als Teil ihrer Besoldung in früherer Zeit zustanden, sind durch die neuere Entwicklung überholt¹⁶⁷. Früher standen die Lehrer an den Dorfschulen vielfach im Dienst der Gemeinde und wurden von dieser besoldet¹⁶⁸, während heute die Besoldung der Lehrer an den öffentlichen Volksschulen dem Staat obliegt und die Gemeinde nach Art. 7 SchBG 1939 nur die Dienstwohnung, nicht aber z. B. das Heizmaterial bereitstellen muß¹⁶⁹.

§ 5 Gemeindenutzungsrechte sind öffentlich-rechtlich

I. Geschichtliche Entwicklung

Ursprünglich waren die in der Dorfgemeinschaft wurzelnden NRe als Ausfluß genossenschaftlichen Gesamthandseigentums an der Allmende – sofern man davon absieht, daß bis in das 19. Jahrhundert hinein zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht noch nicht scharf unterschieden wurde –

¹⁶¹ Vgl. VGH 56/20

¹⁶² So VGH 12/187, 32/4 ff., 34/249 ff., 56/17, 13/257, 14/109, 15/230, 25/55 und 38/68–69

¹⁶³ Vgl. VGH 54/173

¹⁶⁴ Vgl. „Fundstelle“ 1958 S. 225

¹⁶⁵ Vgl. BayGemVZ 1935/333 und BayBgm 1949/191

¹⁶⁶ Vgl. VGH 34/249 ff., 56/12 und VGH n. F. 13/113

¹⁶⁷ Vgl. Art. 58–60 des alten Schulbedarfsgesetzes vom 14. 8. 1919 über Ablösung solcher besonderen Leistungen und Nutzungen

¹⁶⁸ Vgl. Geißendörfer S. 59

¹⁶⁹ Besoldungsleistungen der Gemeinde an herrschaftliche Verwaltungsbeamte, wie sie noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts gelegentlich anzutreffen waren, fanden mit der Neuordnung der obrigkeitlichen Verhältnisse und dem Erlöschen der Grundherrschaft spätestens um die Mitte des vorigen Jahrhunderts ihr Ende.

bürgerlich-rechtlich¹⁷⁰. Die Dorfgemeinschaft war ein bäuerlicher Wirtschaftsverband und übte, da sie nicht Glied der Staatsverfassung war, gegenüber ihren Mitgliedern keine hoheitliche Gewalt aus¹⁷¹.

Mit der um 1818 abgeschlossenen Entstehung der politischen Gemeinde und Ausbildung der Ortschaften zu politischen Körperschaften wurden die Beziehungen der Bürger zur Gemeinde und zur Ortschaft öffentlich-rechtlich. Die GNRe, die mit dem Übergang des Allmendeeigentums auf die neuen politischen Körperschaften zu bloßen Rechten an fremder Sache geworden waren, wurden ausnahmslos dem öffentlichen Recht unterstellt¹⁷². Die Meinung, es sei teilweise auch zur Begründung bürgerlich-rechtlicher NRe gekommen¹⁷³, ist unrichtig. Im 19. Jahrhundert herrschte allerdings über die Rechtsnatur der GNRe vielfach noch Unsicherheit, weshalb gelegentlich Zivilurteile die GNRe im Widerspruch zur wahren Rechtslage als NRe nach bürgerlichem Recht behandelten.

Nach dem Wegfall der Ortschaften als rechtlich selbständiger Körperschaften im Jahre 1935 wurde die politische Gemeinde auch im Bereich der ehemaligen Ortschaften zum Partner des öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses.

II. Gegenwärtige Regelung

1. Die öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen Rechtlern und Gemeinde

Infolge der aufgezeigten Entwicklung sind gegenwärtig NRe, die nicht aus Privatrechtsgeschäften oder zivilrechtlicher Ersitzung entstanden, sondern aus der Zugehörigkeit zur Dorfgemeinschaft erwachsen sind, öffentlich-rechtlich¹⁷⁴. Dies besagt aber nur, daß das Verhältnis der Berechtigten zur politischen Gemeinde, die die Nutzungen gewährt, dem öffentlichen Recht angehört, weil die Gemeinde heute Körperschaft des öffentlichen Rechts ist und die Stellung ihrer Bürger im Gemeindeverband Gegenstand öffentlich-rechtlicher Regelung ist. Hieraus folgt hingegen nicht, daß die Gemeinde den Nutzungsberechtigten hoheitlich im Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenübertritt, was die Allmendennutzung anbelangt. Gemeinde und Rechtler stehen sich vielmehr in einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis gleichgeordnet gegenüber. Soweit nicht das Gesetz wie in Art. 70 GO Ausnahmen zuläßt, kann die Gemeinde nicht hoheitlich durch Verwaltungsakt auf das Nutzungsverhältnis einwirken; die gegenseitigen Rechte und Pflichten sind durch Titel und Herkommen festgelegt. Auch darüber, ob jemandem überhaupt ein GNR zusteht, kann die Gemeinde nicht verbindlich entscheiden¹⁷⁵.

2. Bürgerlich-rechtliche NRe

Die GO regelt in Art. 68 ff. nur die im Gemeindeverband wurzelnden GNRe. Daneben können vereinzelt auch bürgerlich-rechtliche NRe vorkommen, die

¹⁷⁰ Vgl. Bog S. 3–4

¹⁷¹ Über die Stellung der Freidörfer siehe oben § 1, II, 1, d

¹⁷² So VGH vom 4. 7. 1957 Nr. 178 IV 55, vgl. auch Schmelz S. 52

¹⁷³ So Hölzl-Rollwagen, Vorbem. vor Art. 68 ff. GO, und Helmreich-Widtmann, Vorbem. 1 vor Art. 68 ff. GO

¹⁷⁴ Vgl. VGH 5/211, 37/104, 51/41 + 148; ferner Mang (Heigl) S. 269

¹⁷⁵ Vgl. Illig S. 15

von dem Verhältnis des Berechtigten zur Dorfgemeinschaft unabhängig sind¹⁷⁶. Hierher gehören Rechte aus Pachtverträgen mit der Gemeinde, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, Reallasten, die durch Privatrechtsgeschäft oder Ersitzung vor Grundbuchanlegung erworben wurden, ferner Forstberechtigungen der Gemeindeangehörigen am Staatswald (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 FRG, Art. 33 FoG) und NRe, die bei Schenkung eines Grundstücks an die Gemeinde vorbehalten wurden. Diese NRe unterliegen den Bestimmungen des BGB, des FRG und des Weidengesetzes vom 28. 5. 1852 und sind nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

Scheidet der Berechtigte infolge Änderung der Gemeindegrenzen aus dem öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband derjenigen Gemeinde, die die Nutzungen zu gewähren hat, aus, so verliert sein NR den öffentlich-rechtlichen Charakter und wird zu einem bürgerlich-rechtlichen NR, sofern die zivilrechtlichen Ersitzungsvoraussetzungen gegeben sind.

III. Abgrenzung zwischen NRen öffentlichen und bürgerlichen Rechts

1. Vermutung

Ob das von einem Gemeindebürger beanspruchte NR öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, kann im Einzelfall strittig sein. In solchen Fällen spricht keine förmliche Rechtsvermutung für das eine oder das andere, sondern die Rechtsnatur des NRes ist unter Verwertung aller Unterlagen und der geschichtlichen Entwicklung genau zu prüfen¹⁷⁷. In der Praxis wird jedoch, wenn Ursprung und Entwicklung eines NRes unklar sind, aber mehrere gleichartige Rechte im Ort bestehen und Privatrechtsgeschäfte nicht festzustellen sind, im Zweifel anzunehmen sein, daß es sich um ein öffentlich-rechtliches GNR handelt, weil bürgerlich-rechtliche NRe am Gemeindeverband relativ selten sind.

2. Anzeichen für öffentlich-rechtliche Natur

Dafür, daß ein NR als öffentlich-rechtliches im Gemeindeverband wurzelt, spricht stets die Tatsache, daß von einer größeren Anzahl von Eigentümern bestimmter Anwesen ein ähnliches NR in Anspruch genommen und von der Gemeinde anerkannt wird, vor allem dann, wenn die Bezeichnung „Nutzanteil an den noch unverteilteten Gemeindegründen“ gebraucht wird¹⁷⁸. Ist unter der erwähnten oder einer ähnlichen Bezeichnung bei mehreren Anwesen als Zubehör ein NR im Kataster oder im Grundbuch eingetragen, so kann das Vorliegen bürgerlich-rechtlicher NRe mit Sicherheit ausgeschlossen werden¹⁷⁹. Daß das Grundbuch nur zur Aufnahme bürgerlicher Rechtsverhältnisse bestimmt ist, steht dem nicht entgegen, weil bei Grundbuchanlegung allenthalben die entsprechenden Katastereinträge ohne nähere Prüfung in die Bestandsverzeichnisse übernommen wurden. Der Beweis, daß öffentlich-

¹⁷⁶ Vgl. VGH 48/89

¹⁷⁷ Vgl. Mang (Heigl) S. 268

¹⁷⁸ Vgl. VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/278 und VGH vom 19. 2. 1962 Nr. 187 IV 58

¹⁷⁹ Vgl. VGH 11/468, 37/105, 46/47, 50/104, VGH n. F. 13/112 und BayObLG in BVBl. 1961/161

rechtliche GNRe vorliegen, kann auch durch Vorlage von Urkunden geführt werden, aus denen hervorgeht, daß solche Rechte bereits in früheren Jahrhunderten in der Dorfgemeinschaft ausgeübt wurden¹⁸⁰.

3. Anzeichen für bürgerlich-rechtliche Natur

Konnte ein NR beliebig übertragen werden, ohne Rücksicht auf das Verhältnis des Erwerbers zur Gemeinde und zur Dorfgemeinschaft, ohne Zustimmung der Gemeinde und ohne Bindung an ein Anwesen in der Ortsgemarkung, so ist es bürgerlich-rechtlicher Natur¹⁸¹. Daneben wurde zuweilen die Ansicht vertreten¹⁸², ein NR sei auch dann bürgerlich-rechtlich, wenn es derart mit einem Anwesen verbunden war, daß es unter Ausschluß gemeindlicher Einwirkung ohne weiteres auf jeden Besitzer unabhängig von seinem persönlichen Verhältnis zur Gemeinde überging. Dies ist jedoch unzutreffend, weil auch GNRe, wenn sie radiziert sind, bei jedem Eigentumswechsel von selbst auf den neuen Hofeigentümer ohne Zutun der Gemeinde übergehen und ohne daß der neue Eigentümer das Bürgerrecht in der Gemeinde haben müßte. Anzeichen für die bürgerlich-rechtliche Natur eines NRes ist hingegen der Umstand, daß ein NR dieses Inhalts sonst niemandem in der Gemeinde als dem, der es geltend macht, zusteht, ferner die Bezeichnung des Rechts als Servitut, Dienstbarkeit, Nießbrauch oder Reallast¹⁸³, schließlich auch die Tatsache, daß das berechnigte Anwesen in einer auswärtigen Gemarkung liegt. Wurden NRe in der Zeit nach 1818 durch rechtskräftiges Urteil oder gerichtlichen Vergleich als bürgerlich-rechtlich festgestellt, so hat es damit sein Bewenden, auch wenn die Feststellung nicht der wahren Rechtslage entsprach¹⁸⁴. Außergerichtliche Vergleiche oder Verträge zwischen Gemeinde und Rechtlern sind, was die in ihnen enthaltene rechtliche Beurteilung der NRe anbetrifft, unmaßgeblich, falls nicht im Hinblick auf bestehende Unsicherheit ausdrücklich bürgerlich-rechtliche NRe vereinbart wurden.

4. Als Indizien unbrauchbare Unterlagen

Alte Titel aus der Zeit vor 1818 lassen die Rechtsnatur der in ihnen verbrieften oder bekräftigten NRe meist nicht erkennen, weil seinerzeit nicht scharf zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht unterschieden wurde und die dörflichen Nutzungsberechtigungen ohnehin nach heutigen Begriffen bürgerlich-rechtlich waren. Dasselbe gilt für Nachweise über langjährige Ausübung von NRen kraft Rechtsüberzeugung, weil diese sowohl zur Bildung öffentlich-rechtlichen Herkommens als auch – vor Grundbuchanlegung – zu bürgerlich-rechtlicher Ersitzung führen konnte¹⁸⁵. Auch Urkunden über Privatrechtsgeschäfte, die eine Übertragung von NRen zum Gegenstand hatten, lassen keine Schlüsse über deren Rechtsnatur zu, weil auch öffentlich-rechtliche NRe in den Formen des Zivilrechts übertragen werden¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Vgl. VGH vom 4. 7. 1957 Nr. 178 IV 55 (mißverständlich VGH 37/105)

¹⁸¹ Vgl. Illig S. 13

¹⁸² So z. B. Meisner S. 430, VGH 11/467 und Kahr, Anm. 1, I, a zu Art. 36 GO 1869

¹⁸³ Vgl. VGH 2/684–697

¹⁸⁴ VGH 2/377 ff. erkennt einen solchen Vergleich an

¹⁸⁵ Vgl. Kahr, Anm. 1, I, a zu Art. 36 GO 1869

¹⁸⁶ Vgl. Meisner S. 429

5. Besonderheiten bei Weiderechten

- a) Grundsätzlich können auch Weiderechte in Form öffentlich-rechtlicher GNRe vorkommen, die dann nicht den Bestimmungen des Gesetzes über die Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden (WeideG) vom 28. 5. 1852 (BayBS IV S. 354) unterliegen. Dieses Gesetz behandelte zwar alle Weiderechte offenbar als bürgerlich-rechtlich, sah aber Weide auf fremdem Grund und Boden dann nicht für gegeben an, wenn Gemeindebürger auf Gemeindegründen die Weide ausübten¹⁸⁷.
- b) Erstreckt sich die Weideberechtigung auf die gesamte Ortsflur, so liegt jedoch in der Regel eine bürgerlich-rechtliche Grunddienstbarkeit vor, weil nicht die politische Gemeinde als solche belastet und verpflichtet ist, sondern die Gesamtheit aller Grundstückseigentümer in der Ortsgemarkung¹⁸⁸. Träger des Weiderechts können in diesem Fall entweder die politische Gemeinde oder deren Gemeinderechter¹⁸⁹ oder sonstige Personen sein.
- c) Das Bestehen einer bürgerlich-rechtlichen Weidegrunddienstbarkeit an der Gesamtflur, deren Ausübung den gemeindenutzungsberechtigten Anwesensbesitzern des Dorfes zusteht, schließt nicht aus, daß von diesen Anwesensbesitzern daneben auch noch ein im Gemeindeverband wurzelndes GNR auf Beweidung gemeindlicher Grundstücke beansprucht wird¹⁹⁰. Im Einzelfall kann die rechtliche Beurteilung allerdings Schwierigkeiten bereiten.

Ein Weiderecht an der Gesamtflur erfaßt gemeindliche Grundstücke nur, wenn es nicht der Gemeinde selbst zusteht (*Nemini res sua servit*). Sind die Inhaber von GNRen berechtigt, die gesamte Flur zu beweidern, so wurzelt ihr Recht insoweit, als es sich auf Gemeindegrundstücke erstreckt, im öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband, es sei denn, das Weiderecht an der Gesamtflur wäre herkömmlich derart als Einheit aufgefaßt worden, daß eine Zerlegung in einen bürgerlich-rechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil nicht möglich ist und die Berechtigung insgesamt als Grunddienstbarkeit nach Zivilrecht zu behandeln ist¹⁹¹. Letzterer Fall ist in der Praxis die Regel. Eine Zerlegung des Weiderechts an der Gesamtflur wird hauptsächlich dann in Frage kommen, wenn die Gemeindeweide den Tieren der Berechtigten das ganze Jahr über offensteht, während die Gesamtflur nur zur Herbstzeit mit Schafen beweidet werden darf¹⁹². Ein öffentlich-rechtliches, auf Weide gerichtetes GNR kann ferner ein bürgerlich-rechtliches Weiderecht an der Gesamtflur, das das Gemeindeland ausnimmt, in der Weise ergänzen, daß während der

¹⁸⁷ Vgl. hierzu VGH 51/43, 55/82 und VGH vom 12. 10. 1923 in BayGemVZ 1924/71, ferner Stadler S. 34 und Illig S. 48

¹⁸⁸ So VGH 15/118 ff.

¹⁸⁹ Durch die Verknüpfung mit dem GNR wird das Weiderecht noch nicht gleichfalls zum öffentlich-rechtlichen GNR

¹⁹⁰ So VGH 51/41

¹⁹¹ Meisner S. 428 faßt Weideberechtigungen an der Gesamtflur stets als Einheit auf und unterstellt sie dem bürgerlichen Recht.

¹⁹² Vgl. BayGemVZ 1929/380–381. Koßmann S. 27 nennt derartige Beispiele für den Landkreis Dinkelsbühl

nach Art. 1 und 2 WeideG geschlossene Zeit des Anbaus Gemeindegrundstücke beweidet werden dürfen, was im Geltungsbereich des WeideG nicht möglich wäre¹⁹³.

Steht ein bürgerlich-rechtliches Weiderecht an der gesamten Ortsflur der Gemeinde zu – was nach Art. 48 WeideG vor den Zivilgerichten zu klären ist –, so kann ein öffentlich-rechtliches GNR als Recht am Weiderecht der Gemeinde ausgeprägt sein oder, vom Weiderecht der Gemeinde unabhängig, die Gemeindeweide erfassen, die der bürgerlich-rechtlichen Grunddienstbarkeit nicht unterliegt¹⁹⁴.

- d) Sollen GNRe abgelöst werden und sind die Rechtler auch weideberechtigt, so kann die Rechtsnatur ihres Weiderechts im Rahmen eines Ablösungsvergleichs offenbleiben, wenn andere Teilbefugnisse ihrer NRe zweifelsfrei den Charakter öffentlich-rechtlicher GNRe haben¹⁹⁵.

IV. Überwachungsfunktion der Rechtsaufsichtsbehörden

Der Umstand, daß die GNRe im öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband wurzeln, bringt es mit sich, daß die Staatsbehörden in gewisser Hinsicht ihre Ausübung zu beaufsichtigen haben. Die Gewährung von Gemeindernutzungen fällt als eine mit der Verwaltung des Gemeindevermögens zusammenhängende Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft in den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde (Art. 83 Abs. 1 BV, Art. 7 GO). In diesem Bereich unterliegt die Gemeinde der staatlichen Rechtsaufsicht, die bei kreisangehörigen Gemeinden durch das Landratsamt, bei kreisfreien durch die Regierung ausgeübt wird (Art. 109 Abs. 1, Art. 110 GO). Gemäß Art. 109 Abs. 1 GO hat die Rechtsaufsichtsbehörde darüber zu wachen, daß die Gemeinde den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, die sich aus den GNRen gegenüber den Rechtlern ergeben, nachkommt. Sie muß die Gemeinde zu den notwendigen Maßnahmen auffordern und rechtswidrige Gemeinderatsbeschlüsse, durch die den Rechtlern ihre Nutzungen ganz oder teilweise vorzuenthalten werden (z. B. durch Verkauf oder Verpachtung der belasteten Grundstücke), beanstanden (Art. 112 GO); erforderlichenfalls muß sie zur Ersatzvornahme schreiten (Art. 113 GO). Den Rechtlern nachteilige bürgerliche Rechtsgeschäfte, die der Gemeinde kein Rücktrittsrecht gewähren, kann allerdings auch die Rechtsaufsichtsbehörde nicht mehr rückgängig machen. Andererseits muß die Rechtsaufsichtsbehörde nach Art. 109 Abs. 1 GO auch dafür sorgen, daß die Gemeinde das der Nutzung unterliegende Vermögen in seinem Grundstock erhält und pfleglich nach den Grundsätzen einer gesunden Wirtschaft verwaltet (Art. 61 Abs. 1 GO), also niemandem mehr Nutzungen zuteilt, als ihm zustehen, und keine Nutzungen ohne Rechtsgrund gewährt. Insoweit wahrt die Rechtsaufsichtsbehörde auch die Belange der Nichtrechtler, die bei dem häufig überwiegenden Einfluß der Rechtler im Gemeinderat (vgl. Art. 49 Abs. 4 GO) allzu leicht übergangen werden. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann in diesem Rahmen auch vorsorgliche Anord-

¹⁹³ Vgl. VGH 51/42–43, 55/78 + 81

¹⁹⁴ Vgl. VGH 51/43, 55/78 + 80

¹⁹⁵ Vgl. VGH 51/44

nungen treffen¹⁹⁶. — Der einzelne Rechtler hat keinen Anspruch auf Tätigwerden der Rechtsaufsichtsbehörde.

In einigen Fällen ist die Rechtsaufsichtsbehörde auch am Verfahren beteiligt: Sie entscheidet nach Art. 71 GO über die Aufhebung von GNREN und nach Art. 119 Ziff. 1 GO, §§ 68 ff. VwGO über Widersprüche gegen gemeindliche Ablösungsbeschlüsse (Art. 70 Satz 1 GO) und gegen die Verweigerung der gemeindlichen Zustimmung zur Zerstückelung von GNREN (Art. 68 Abs. 1 Satz 3 GO).

V. Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten

Aus der öffentlich-rechtlichen Natur der GNRE folgt, daß im Streitfall grundsätzlich die Verwaltungsgerichte anzurufen sind (§ 40 Abs. 1 VwGO). Maßgebend ist dabei die wahre Natur des geltend gemachten Anspruchs, nicht die Auffassung der Beteiligten, die GNRE oft zu Unrecht als bürgerlich-rechtlich ansehen. Die zur Begründung vorgetragenen Tatsachen müssen an sich geeignet sein, den Anspruch als öffentlich-rechtlichen, in der Dorfgemeinschaft und im Gemeindeverband wurzelnden Nutzungsanspruch erkennen zu lassen¹⁹⁷.

1. Streitigkeiten zwischen Rechtlern und Gemeinde

Klagegegner ist die Gemeinde, auch wenn die Nutzungen nur auf Grund rechtsaufsichtlichen Einschreitens verweigert werden. Der Freistaat Bayern ist nur bei Anfechtung eines Aufhebungsbescheids nach Art. 71 GO Klagegegner.

a) Feststellungsklagen

Auf Feststellung kann nach § 43 Abs. 1 VwGO geklagt werden, wenn es um die Feststellung der Nutzungsverhältnisse geht und der klagende Rechtler ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Feststellung hat. Das Feststellungsinteresse wird wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Nutzungen zu bejahen sein, wenn die Gemeinde die Nutzungen ganz oder teilweise verweigert oder das GNR bestreitet. Bestreiten hingegen andere Rechtler oder Nichtrechtler die Rechtmäßigkeit des Nutzungsbezugs, so rechtfertigt dies keine Feststellungsklage, sofern die Gemeinde das GNR anerkennt und die Nutzungen gewährt, weil diese allein für die Anerkennung des GNRES zuständig ist¹⁹⁸. § 43 Abs. 2 VwGO, wonach Feststellung nicht begehrt werden kann, soweit der Kläger sein Recht durch Leistungsklage verfolgen kann, steht einer Klage auf Feststellung, daß dem Kläger ein GNR zusteht, nicht entgegen, weil die Feststellungsklage hier weitergeht als die Leistungsklage auf die einzelne, fällig gewordene Leistung. Im einen Fall wird das GNR als solches, im andern nur der Einzelanspruch rechtskräftig festgestellt.

¹⁹⁶ Vgl. Mang (Heigl) S. 280. Anordnungen oder Weisungen der Rechtsaufsichtsbehörden können die Rechtler jedoch nicht anfechten; sie müssen sich vielmehr an die Gemeinde halten; vgl. VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/278 und vom 28. 1. 1959 in BVBl. 1959/194.

¹⁹⁷ Vgl. VGH n. F. 9/107

¹⁹⁸ A. M. Illig S. 15

Die Feststellungsklage kommt besonders bei Streitigkeiten über Bestand, Inhalt, Umfang und Ausübung eines oder mehrerer GNRe in Betracht, ferner bei Streit über die Verpflichtung zu Gegenleistungen oder zur Beteiligung an Lasten und Ausgaben für die belasteten Grundstücke (Art. 69 GO) oder über das Recht der Gemeinde, belastete Grundstücke zu veräußern oder zu verpachten.

b) Leistungsklagen

Zur Durchsetzung der aus dem GNR fließenden Einzelansprüche (z. B. auf Lieferung von Bauholz) dient die Leistungsklage, wenn das GNR als solches unbestritten ist, aber z. B. das Vorliegen eines Baufalls bestritten wird. Die Gemeinde ihrerseits kann gegen die Rechtler auf Leistung klagen, wenn sie Ansprüche nach Art. 69 GO durchsetzen oder zu Unrecht bezogene Nutzungen zurückverlangen will¹⁹⁹.

c) Anfechtungsklagen

Die Anfechtungsklage, die ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO, Art. 119 Ziff. 1 GO voraussetzt, ist gegeben, wenn Rechtler, die mit einer Ablösung ihrer Rechte nicht einverstanden sind, die Ablösung durch Gemeinderatsbeschuß nach Art. 70 Satz 1 GO, die heute als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt angesehen wird²⁰⁰, für unwirksam erachten. Anfechtungsklage ist ferner zulässig, wenn die Gemeinde der Übertragung und Häufung von GNRen, die keiner Zustimmung bedarf²⁰¹, widerspricht, weil die Behauptung der Gemeinde, es sei ihre Zustimmung erforderlich, in Verbindung mit deren Versagung einen Verwaltungsakt darstellt²⁰². Stimmt die Gemeinde einer Zerstückelung (Art. 68 Abs. 1 Satz 3 GO) nicht zu, so ist Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO zulässig. Der Anfechtungsklage unterliegt auch der Bescheid der Rechtsaufsichtsbehörde, der nach Art. 71 Abs. 1 Satz 1 GO GNRe aufhebt. – Gemeinderatsbeschlüsse über Verweigerung oder Gewährung von Nutzungen können, weil sie keine Verwaltungsakte sind²⁰³, nicht nach § 42 Abs. 1 VwGO angefochten werden.

d) Einstweilige Anordnungen

Wenn die Voraussetzungen des § 123 VwGO vorliegen, kann das Verwaltungsgericht auch vor Klageerhebung schon einstweilige Anordnungen bezüglich der Nutzung treffen.

e) Streitgenossenschaft, Beiladung und Rechtskraft

Ist strittig, ob in einem Ort GNRe bestehen oder welchen Inhalt und Umfang sie haben, so sind grundsätzlich alle, die ein GNR beanspruchen, an der gerichtlichen Entscheidung interessiert. Klagen sie gemeinsam oder werden sie alle zusammen verklagt, so sind sie Streitgenossen (§ 64 VwGO,

¹⁹⁹ Vgl. Woerner, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927

²⁰⁰ So BayObLG vom 22. 12. 1961 in „Fundstelle“ 1962 Nr. 426

²⁰¹ Näheres unten § 15, I, 3

²⁰² So VGH 11/130

²⁰³ Vgl. unten § 8, C, I, 1

§ 60 ZPO). Die Streitgenossenschaft ist jedoch keine notwendige im Sinn von § 64 VwGO, § 62 ZPO, weil die Feststellung des Bestands, des Inhalts oder des Umfangs der GNRe nicht unbedingt einheitlich erfolgen muß²⁰⁴. Die Folge hiervon ist, daß Rechtler, die nicht Prozeßpartei sind, nicht gemäß § 65 VwGO beizuladen sind²⁰⁵. Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nur auf die Prozeßbeteiligten (§§ 65 Abs. 2, 121 VwGO), denn die GNRe sind Individualrechte. Die nicht am Rechtsstreit beteiligten Rechtler werden von dem Urteil, das zwischen der Gemeinde und einem einzelnen Rechtler ergeht, nicht rechtlich, sondern höchstens tatsächlich betroffen²⁰⁶.

2. Streitigkeiten der Rechtler unter sich und mit Nichtrechtlern

Auch Streitigkeiten der Rechtler unter sich und mit Nichtrechtlern sind vor den Verwaltungsgerichten auszutragen, sofern sie das öffentlich-rechtliche GNR oder die Rechte und Pflichten des einzelnen Rechtlers innerhalb der Anteilsgemeinschaft aller Berechtigten zum Streitgegenstand haben (§ 40 Abs. 1 VwGO). In solchen Fällen werden jedoch die Passivlegitimation des Beklagten und das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage besonders streng zu prüfen sein, weil sich der Anspruch aus dem GNR in erster Linie gegen die Gemeinde richtet²⁰⁷. Ein Rechtsstreit von Rechtlern untereinander oder mit Nichtrechtlern ist hauptsächlich in den Fällen denkbar, in denen ein Rechtler sich gegen Beeinträchtigungen seines GNRes durch Dritte zur Wehr setzt²⁰⁷ oder in denen Streit besteht, wem von mehreren ein bestimmtes GNR zusteht, weil z. B. die Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen Übertragungsaktes angezweifelt wird²⁰⁸.

VI. Rechtsweg zu den Zivilgerichten

Grundsätzlich ist, wenn es sich um öffentlich-rechtliche GNRe handelt, der Rechtsweg zu den Zivilgerichten nicht gegeben. Ist die Rechtsnatur eines bestehenden NRes unklar, so kann der Rechtsstreit um das NR nicht gleichzeitig beim Verwaltungsgericht und beim Zivilgericht anhängig gemacht werden, denn der Streitgegenstand ist beidesmal derselbe. Erhebt beispielsweise die Gemeinde vor dem Verwaltungsgericht gegen einen Nutzungsberechtigten Klage auf Feststellung, daß diesem ein öffentlich-rechtliches GNR nicht zustehe, so kann der Rechtler nicht gleichzeitig vor dem Zivilgericht auf Feststellung klagen, daß ein bürgerlich-rechtliches NR bestehe²⁰⁹.

Gleichwohl sind die Zivilgerichte auch dann, wenn öffentlich-rechtliche GNRe in Frage stehen, in gewissen Einzelfragen zur Entscheidung berufen, so etwa, wenn Streit über das Eigentum an der mit NRen belasteten Grundstücksfläche entsteht. Das Verwaltungsgericht kann in derartigen Fällen

²⁰⁴ Die Feststellung kann jedoch nur einheitlich erfolgen, wenn die Wirksamkeit einer Übertragung eines GNRes umstritten ist. Beteiligt sind hier die Gemeinde sowie die Partner des Übertragungsgeschäftes; der Dritte ist beizuladen (§ 65 VwGO).

²⁰⁵ Vgl. VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307. Anders die Rechtslage vor 1946, als nach dem Grundsatz der umfassenden Sachentscheidung alle Rechtler streitbeteiligt waren.

²⁰⁶ So VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307; a. M. Illig S. 34

²⁰⁷ Über Drittwirkung des GNRes siehe unten § 12

²⁰⁸ Vgl. VGH 8/80 ff. und 12/484 ff.

²⁰⁹ Vgl. VGH-Beschluß vom 6. 6. 1959 in BVBl. 59/419

einen bei ihm anhängigen Rechtsstreit aussetzen (§ 94 VwGO) und die Entscheidung des Zivilrichters darüber, ob die Gemeinde Eigentümer des Grundstücks ist, abwarten. Die Zivilgerichte entscheiden ferner gemäß Art. 71 Abs. 3 GO über die Höhe der Entschädigung bei Aufhebung von GNRe. Gleiches gilt, wenn GNRe nach Art. 70 GO abgelöst werden und die Angehörigen der überstimmten Rechtlerminderheit ihren Anspruch auf angemessene Entschädigung durchsetzen wollen²¹⁰. Ferner fällt es den Zivilgerichten zu, bei Übertragung, Häufung und Zerstückelung von GNRe darüber zu entscheiden, ob das einem solchen Vorgang etwa zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Kausalgeschäft wirksam ist.

VII. Umwandlung öffentlich-rechtlicher in bürgerlich-rechtliche Nutzungsrechte

Illig^{210a} hält eine vertragliche Umwandlung öffentlich-rechtlicher GNRe in bürgerlich-rechtliche NRe nicht für ausgeschlossen, da letztere im Gegensatz zu ersteren Neubegründet werden könnten. Gegen eine solche Umwandlung bestehen erhebliche Bedenken, da sie zu einer Umgehung der Vorschriften über Ablösung und Aufhebung von GNRe (Art. 70, 71 GO) führen würde. Lediglich dort, wo durch Gemeindegrenzänderungen die Bindung des Berechtigten an den Gemeindeverband der die Nutzungen gewährenden Gemeinde verlorengeht, kann Umwandlung in bürgerlich-rechtliche NRe angenommen werden.

§ 6 Gemeindenutzungsrechte können nur an Gemeindevermögen bestehen

I. Die Zuordnung des belasteten Vermögens zur Gemeinde

1. Grundsatz der rechtlichen Zugehörigkeit zum Gemeindevermögen

Kennzeichnend für das Wesen der GNRe ist, daß sie nur an gemeindlichem Vermögen bestehen können (vgl. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO). Dies bedeutet, daß das aus Grundstücken oder dinglichen Rechten an solchen bestehende Vermögen²¹¹ rechtlich und nicht nur wirtschaftlich der politischen Gemeinde gehören muß, deren Gemeindeverband das berechnete Anwesen oder der sonstige Träger des GNRes angehört, sonst wurzelt das NR nicht im öffentlichen Gemeindeverband²¹². An Grundstücken, an deren Ertrag die Gemeinde nur schuldrechtlich (z. B. auf Grund eines Pachtvertrags) berechnete ist, können GNRe nicht bestehen, weil sie rechtlich nicht zum Gemeindevermögen gehören. Haben die Nutzungsberechneten selbst das Eigentum an der Nutzungsfläche, so sind ihre Berechnungen Miteigentumsanteile, aber keine GNRe.

Scheiden die belasteten Grundstücke oder dinglichen Rechte durch Veräußerung oder auf andere Weise aus dem Gemeindevermögen aus, so erlöschen die daran bestehenden GNRe, ohne daß Vereinbarungen mit dem Erwerber dies verhindern könnten²¹³. Eine Verpachtung gemeindlicher Grundstücke führt nicht zu ihrem Ausscheiden aus dem Gemeindevermögen.

²¹⁰ Siehe unten § 16, II, 7

^{210a} Illig S. 73

²¹¹ Darüber, was Objekt der Nutzung sein kann, vgl. § 17, II

²¹² Vgl. VGH 51/15

²¹³ Vgl. VGH 5/211, 38/69; über Entschädigung siehe § 8, C, II, 2

2. Zeitliche Begrenzung

Nicht notwendig ist, daß das belastete Vermögen schon vor 1808 der alten Dorfgemeinschaft gehörte²¹⁴. Bei GNRe, die auf Herkommen gestützt werden, muß der belastete Vermögensgegenstand aber spätestens seit dem 18. 1. 1922 ununterbrochen kraft Rechtsüberzeugung in die Nutzung miteinbezogen worden sein²¹⁵, wenn GNRe daran anerkannt werden dürfen (Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO). Für auf Titel gestützte Rechte gilt, obwohl solche Rechte seit 1818 nicht mehr begründet werden können, praktisch dasselbe, denn Rechtstitel können durch Herkommen erweitert werden, so daß auch hier der Umfang des genutzten Vermögens am 18. 1. 1922 entscheidet.

II. Gemeinsames Vermögen mehrerer Gemeinden

Das Erfordernis der rechtlichen Zugehörigkeit des belasteten Gegenstands zum Gemeindevermögen schließt nicht aus, daß es sich um gemeinsames Vermögen mehrerer Gemeinden handelt. Zuweilen haben mehrere Gemeinden Miteigentum an großen Wald- und Weideflächen, die als Überreste früherer Großmarken seit uralten Zeiten von den Rechtlern der umliegenden Dörfer gemeinsam genutzt und gleich der übrigen Allmende 1818 in das Eigentum der politischen Gemeinden oder der Ortschaften überführt wurden, während die NRe der Berechtigten erhalten blieben²¹⁶.

III. Vermögen ehemaliger Ortschaften

Soweit das Vermögen ehemals einer Ortschaft gehörte, ist es mit Inkrafttreten der DGO 1935 auf die jeweilige politische Gemeinde übergegangen, die es nunmehr gemäß Art. 67 GO als Sondervermögen zu verwalten hat. Die GNRe blieben nach § 1 der bayer. Überleitungsverordnung vom 30. 3. 1935 (GVBl. S. 179) hiervon unberührt, beschränken sich aber weiterhin auf die alte Ortsgemarkung und können hiervon nicht getrennt werden²¹⁷. GNRe im Bereich einer ehemaligen Ortschaft erfordern also, daß der belastete

²¹⁴ So VGH 37/141

²¹⁵ Vermögensgegenstände, die erst nach 1922 erworben wurden, können selbst als Surrogate für der Nutzung entzogene Flächen nicht von GNRe erfaßt werden, vgl. VGH 51/154–155

²¹⁶ Vgl. Stadler S. 5. Beispiele für gemeinsames Eigentum mehrerer Gemeinden, an dem GNRe bestehen:

- a) Der gemeindefreie Osing im Landkreis Uffenheim, der im Eigentum der Gemeinden Herbolzheim, Humprechtsau, Krautostheim und Rüdlsbrunn steht, aus Weide- und Ackerland besteht und alle zehn Jahre zu vier gleichen Teilen unter die vier Gemeinden verlost wird, wobei deren Rechtlern dann das ihrer Gemeinde zugefallene Stück abermals unterteilen und unter sich verlosen (vgl. Akten der Regierung von Mittelfranken Nr. II/1 d-4066 c);
- b) Gemeindefreier „Bürgerwald Nutz“ bei Gerolzhofen in Unterfranken (erwähnt in VGH 25/334 ff.);
- c) „Dreigemeindeland“ der ehemaligen Ortschaften Langensteinach und Kleinharrbach, beide Gemeinden Langensteinach, Landkreis Uffenheim, und Reichartsroth, Gemeinde Ohrenbach, Landkreis Rothenburg ob der Tauber (erwähnt bei Geißendörfer S. 41);
- d) Die „Landsgemeinden“ und „Landsweiden“ in Oberfranken, z. B. die Friesener Warte in Friesen, Landkreis Kronach (vgl. Bog S. 63);
- e) Der „Vierpfarrwald“ der vier Gemeinden Burggen und Tannenbergl, beide Landkreis Schongau, und Rettenbach und Remnatsried, beide Landkreis Marktoberdorf (erwähnt in VGH 23/89).

²¹⁷ Vgl. oben § 4, II über Markungsgebundenheit

Vermögensgegenstand am 18.1.1922 der ehemaligen Ortschaft gehörte, 1935 auf die politische Gemeinde übergegangen und in deren Vermögen verblieben ist.

§ 7 Gemeindenutzungsrechte haben eine gewisse dingliche Natur

I. Die dingliche Natur der GNRe

Ein Wesensmerkmal der GNRe ist, daß als Objekt der Nutzung nur Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen in Frage kommen und die Nutzungen unmittelbar aus dem belasteten Grundstück zu gewähren sind, so daß die GNRe nicht rein schuldrechtliche Forderungsrechte darstellen, sondern eine gewisse objektiv dingliche Natur aufweisen. Sie sind, sofern sie nicht an einem dinglichen Recht, sondern unmittelbar am Grundstück bestehen, Rechte an fremder Sache.

Hiervon ist der oben (§ 4, III, 1) erwähnte Umstand zu unterscheiden, daß die GNRe meist auf einem Anwesen ruhen und somit auch subjektiv dingliche Rechte sind²¹⁸.

II. Sinngemäße Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften als Folge der dinglichen Natur der GNRe

Öffentliche GNRe können zwar von den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts grundsätzlich nicht erfaßt werden²¹⁹, weshalb die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechte an Grundstücken (§§ 873–902 BGB) für sie nicht gelten²²⁰, doch können – soweit das öffentliche Recht Lücken läßt – infolge der dinglichen Natur der GNRe manche Vorschriften des BGB über die beschränkten dinglichen Rechte ergänzend herangezogen und auf die GNRe sinngemäß angewandt werden²²¹.

1. Vorschriften über die Grunddienstbarkeit

GNRe, bei denen die Gemeinde nur die Nutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen dulden muß, ohne zu einem Tun verpflichtet zu sein, ähneln der Grunddienstbarkeit des BGB (vgl. §§ 1018, 1090 BGB). Hierher gehören z. B. Weiderechte und GNRe auf Entnahme von Bodenbestandteilen und Streu. Anwendbar erscheinen § 1019 BGB (Vorteil des berechtigten Anwesens als Grenze der Belastung), § 1091 (Persönliches Bedürfnis des Berechtigten als Maßstab für persönliche NRe), § 1020 Satz 1 BGB (Pflicht zur schonenden Ausübung des Rechts), § 1023 Abs. 1 BGB (Verlegung der Ausübung des Rechts an eine andere Stelle des belasteten Grundstücks) und allenfalls noch § 1027 in Verbindung mit § 1004 BGB (Störungs- und Unterlassungsklage)²²².

²¹⁸ Vgl. VGH 16/3 und 37/149

²¹⁹ Vgl. VGH 5/217 und 12/138

²²⁰ So VG Ansbach, Urteil vom 13. 12. 1960 Nr. 2637–II/60

²²¹ So VGH 5/217, ferner Mang (Heigl) S. 270 und Illig S. 23

²²² Hinsichtlich der insoweit bestehenden Bedenken siehe unten § 12, II, 2 (Rechtsnatur und Rechtsgrundlage von Abwehransprüchen)

2. Nießbrauchsvorschriften

Dem Umfang nach nicht gemessene GNRe, bei denen die Rechtler – von wenigen Ausnahmen abgesehen – fast alle Nutzungen des belasteten Grundstücks ziehen dürfen, sind mit dem Nießbrauch (§ 1030 BGB) verwandt, sofern die Rechtler die Nutzungen selbst gewinnen dürfen und nicht deren jeweilige Zuteilung durch die Gemeinde abwarten müssen. Zu dieser Gruppe zählen etwa GNRe, die zur landwirtschaftlichen Nutzung von Feldern und Wiesen berechtigen. Für analoge Anwendung kommen in Frage: § 1036 BGB (Besitzrecht; Pflicht, die bisherige Kulturart aufrechtzuerhalten und ordnungsgemäß zu wirtschaften), § 1037 Abs. 1 BGB (Umgestaltungsverbot), § 1041 BGB (Erhaltungspflicht), § 1053 BGB (Unterlassungsklage des Eigentümers bei unerlaubtem Gebrauch), § 1065 BGB (Abwehrensanspruch bei Beeinträchtigungen)²²³.

3. Vorschriften über die Reallast

Hat die Gemeinde aus dem belasteten Grundstück wiederkehrende Leistungen zu erbringen – was bei HNRe die Regel sein wird, auch wenn die Gemeinde das Holz nicht bis auf den Hof des Anwesens zu bringen verpflichtet ist –, so ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit des GNRes mit der Reallast (§ 1105 BGB). Von den Bestimmungen der §§ 1106 ff. BGB paßt jedoch höchstens § 1110 BGB, der die Trennung des Rechts von dem Eigentum am berechtigten Anwesen untersagt, auf GNRe.

III. Grundsätzlicher Ausschluß eines dinglichen Aneignungsrechts nach § 954 BGB

Die dingliche Natur der GNRe geht grundsätzlich nicht so weit, daß der Berechtigte – wie es bei Grunddienstbarkeit und Nießbrauch der Fall ist – vermöge seines Rechtes an einem fremden Grundstück im Sinne von § 954 BGB befugt wäre, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile des Grundstücks unmittelbar selbst anzueignen. Dies hat zur Folge, daß Gemeindefachleute weder durch die Zuweisung der zu nutzenden Fläche oder der zu fällenden Bäume durch die Gemeinde noch durch die bloße Trennung der Bestandteile und Früchte von dem Grundstück Eigentum an den Nutzungen erlangen²²⁴. Alle Erzeugnisse – sei es, daß sie durch die Natur selbst, sei es, daß sie durch Menschenhand von dem Grundstück getrennt werden – fallen, soweit GNRe in Frage stehen, zunächst in das Eigentum der Gemeinde und nicht etwa in das Gesamthandseigentum aller an dem gemeindlichen Grundstück berechtigten Rechtler. Es ist Sache der Gemeinde, die die belasteten Grundstücke zu verwalten und zu bewirtschaften hat, die anfallenden Nutzungen zu gewinnen, auch wenn sie damit die Rechtler beauftragt. Der einzelne Rechtler erwirbt an den ihm zustehenden Nutzungen vielmehr erst in dem Zeitpunkt Eigentum, in dem die Gemeinde ihm

²²³ Vgl. insoweit ebenfalls unten § 12, II, 2

²²⁴ So „Fundstelle“ 1955 Nr. 399; vgl. auch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 und Art. 7 Abs. 1 FRG, wo für die dem FRG unterliegenden Forstrechte eine ähnliche Regelung getroffen wird; a. M. Preger in BlAdmPrax Bd. 45, S. 281, der die Rechtler schon mit dem Anfall der Nutzungen Eigentum erlangen läßt.

seinen Anteil an den bereits gewonnenen Nutzungen zuteilt. Dies gilt auch dann, wenn den Rechtlern der gesamte Ertrag des belasteten Grundstücks gebührt²²⁵.

Dieser Grundsatz wird nur in den Fällen durchbrochen, in denen die belastete Nutzungsfläche herkömmlich in einzelne Parzellen aufgeteilt und an die Rechtler – jedem eine Parzelle für sich – zur Einzelnutzung zugewiesen wird, jeder Rechtler also z. B. ein Stück Acker- oder Gemüseland jährlich nach Belieben nutzen und bebauen darf. In derartigen Fällen gewährt das GNR ausnahmsweise die Befugnis, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile eines Grundstücks nach § 954 BGB anzueignen, so daß die Rechtler mit der Trennung der Nutzungen vom Grundstück Eigentum daran erlangen.

§ 8 Gemeindenutzungsrechte begründen ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen Gemeinde und Rechtlern

Ein in der Praxis besonders bedeutsamer Wesenszug der GNRe ist darin zu erblicken, daß sie ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen der Gemeinde und dem jeweiligen Nutzungsberechtigten als Einzelperson – nicht der Rechtlergesamtheit als solcher – begründen²²⁶. Auf die aus dem dinglichen GNR entspringenden gegenseitigen Rechte und Pflichten finden die allgemeinen Vorschriften des BGB über Schuldverhältnisse (§§ 241–432 BGB, insbesondere der in § 242 BGB enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben und die Bestimmungen über Leistungsstörungen wie Unmöglichkeit der Leistung und Verzug) sinngemäß Anwendung, soweit nicht das öffentliche Recht eine abweichende Regelung trifft.

A. Die Rechte und Pflichten der Rechtler im Rahmen des zwischen ihnen und der Gemeinde bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses

I. Die aus dem GNR fließenden Ansprüche

1. Das Bestehen eines unwiderruflichen Rechtsanspruchs auf Zuteilung von Nutzungen

Das GNR verleiht dem Rechtler ein unwiderrufliches, subjektiv öffentliches Recht gegenüber der Gemeinde auf Gewährung der nach Titel oder Herkommen näher bestimmten Nutzungen²²⁷. Sobald diese fällig werden – Brennholzansprüche z. B. werden jährlich nach Durchführung der winterlichen Holzeinschläge fällig –, erwächst dem Berechtigten, ohne daß es hierzu einer Bewilligung durch den Gemeinderat bedürfte, eine schuldrechtliche Forderung auf Zuteilung eines bestimmten Anteils an den angefallenen Nutzungen. Bei Weiderechten richtet sich die Forderung auf Zulassung des Viehauftriebs, bei Ackernutzungsrechten auf Zuteilung eines Ackerstücks zur Bebauung. Diese laufend aus dem GNR entstehenden Forderungsrechte können analog § 398 BGB abgetreten werden. Ihre Fälligkeit bemißt sich nach Titel oder Herkommen, hilfsweise nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Land- und Forstwirtschaft.

²²⁵ Näheres über die Pflicht der Gemeinde, die Nutzungen anzuweisen und zuzuteilen, siehe unten § 8, C

²²⁶ Vgl. Illig S. 50

²²⁷ Vgl. Laforet, Anm. 1a zu Art. 33 GO 1927, und Woerner, Anm. 1 zu Art. 33 GO 1927

Dadurch, daß sie einen Rechtsanspruch gewähren, unterscheiden sich die GNRe von den in früheren Zeiten vielfach üblichen freiwilligen Verteilungen von Gemeindenutzungen. Nach der früheren Gemeindegesetzgebung (vgl. Art. 31 GO 1869 und Art. 32 GO 1927) konnte die Gemeinde auf Grund wider-ruflicher Bewilligung überschüssige Erträge der Gemeindegründe (z. B. Windbruch- und Dürhholz) unentgeltlich an alle Gemeindebürger mit eigenem Haushalt verteilen, wenn die Gemeindebedürfnisse ohne Erhebung von Umlagen und örtlichen Verbrauchssteuern gedeckt waren und keine größeren Ausgaben für außerordentliche Bedürfnisse in Aussicht standen²²⁸. Heute dagegen darf Gemeindevermögen nach Art. 61 Abs. 3 GO nicht mehr verschenkt werden.

2. Das Verhältnis des Nutzungsanspruchs zum Gemeindebedarf

a) Die gegenwärtige Regelung

Das GNR gewährt, sofern nicht ein Rechtstitel ausdrücklich etwas anderes besagt, den unbedingten Rechtsanspruch, auch dann die fälligen Nutzungen zu fordern, wenn der Gemeindebedarf durch die der Gemeinde verbleibenden Nutzungen nicht gedeckt wird und die Befriedigung der GNRe dazu führt, daß die Gemeinde sich die fehlenden Mittel anderweitig verschaffen muß. Die Gemeinde darf also z. B. nicht Holz schlagen und mit dem Erlös dringende Gemeindevorhaben finanzieren, wenn dadurch die den Rechtlern gebührende Nutzung geschmälert würde.

b) Der Unterschied zwischen qualifizierten und einfachen GNRen nach früherem Recht

Vor 1927 hatten nur einige, nicht in allen Orten anzutreffende GNRe den Vorrang vor dem Gemeindebedarf. Sie wurden qualifizierte oder bevorzugte GNRe genannt. Die überwiegende Mehrzahl der GNRe war hingegen nicht in dieser Weise bevorzugt. Diese sogenannten einfachen GNRe gaben zwar auch einen Rechtsanspruch und standen nur den Rechtlern, nicht allen Bürgern schlechthin zu, doch durften sie nur von Fall zu Fall ausgeübt werden, wenn der Gemeindehaushalt ausgeglichen und die Gemeinde selbst nicht auf die Nutzungen angewiesen war²²⁹. Der VGH nahm in ständiger Rechtsprechung vor 1927 immer dann nur einfache NRe an, wenn die Rechtlern nicht nachweisen konnten, daß sie ihre NRe trotz gleichzeitiger Erhebung von Gemeindeumlagen, sonstigen örtlichen Abgaben und Verbrauchsteuern schon vor 1818 ausgeübt hatten²³⁰.

Nachdem die Gemeindeaufgaben derart angewachsen waren, daß keine Gemeinde mehr ohne Umlagen, örtliche Steuern und Abgaben auskommen konnte, so daß einfache GNRe nur noch auf dem Papier standen, während der Nachweis qualifizierter GNRe, die praktisch doch ausgeübt wurden, kaum zu erbringen war, beseitigte Art. 34 Satz 2 GO 1927 diesen Unterschied

²²⁸ Vgl. Illig S. 15 und Mang (Heigl) S. 268

²²⁹ Vgl. Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 1 GO 1869, ferner VGH 11/182–185, 33/242 sowie Helmreich-Widtmann, Vorbem. 2 vor Art. 68 ff. GO

²³⁰ Vgl. VGH 3/493 ff. und Pregers Kritik in BLAdmPrax 46/323

und erhob alle GNRe zu bevorzugten NRen. Die GO 1952 spricht in Art. 68 nur von „bestehenden Rechten“ und behandelt gleichfalls alle GNRe als dem Gemeindebedarf vorgehend²³¹.

Als einfache GNRe blieben seinerzeit gemäß Art. 35 Satz 1 GO 1927 nur solche NRe bestehen, die vor dem 1. 4. 1928 durch rechtskräftiges Urteil oder Vergleich als einfache bestätigt worden waren²³². Da rechtskräftige Entscheidungen nach Art. 68 Abs. 2 GO der Bildung von Herkommen nicht mehr entgegenstehen, sind aber auch solche GNRe inzwischen zu bevorzugten Rechten geworden, wenn sich seit dem 18. 1. 1922 ein entsprechendes Herkommen nachweisen läßt²³³ und die Beteiligten der Überzeugung waren, die Neuregelung habe die vorliegenden Urteile oder Vergleiche gegenstandslos gemacht.

3. Der Nutzungsanspruch als Naturalanspruch

Der Rechtler kann grundsätzlich verlangen, daß die ihm gebührende Nutzung in natura gewährt wird²³⁴. Er braucht Geld oder Ersatzstoffe (z. B. Sägespäne statt Waldstreu, vgl. Art. 12 FRG) nicht als Erfüllung anzunehmen, es sei denn, seine Weigerung verstieße im Einzelfall gegen Treu und Glauben, was dann der Fall ist, wenn er sich mit dem – aus dem Erlös von der Gemeinde veräußerter Nutzungen stammenden – Geldbetrag ohne Mühe gleichwertige Erzeugnisse verschaffen kann. Denkbar ist auch, daß Titel oder Herkommen das GNR dahin einschränken, daß in gewissen Fällen Geld oder Ersatz angenommen werden muß.

Eine Geldforderung gewährt das GNR – von Schadensersatzansprüchen abgesehen – nur dann, wenn die Rechtler mit der Gemeinde übereinkommen, daß die Ausübung der GNRe an einem bestimmten Grundstück in der Weise erfolgen soll, daß die Nutzungen im Interesse der Rechtler von der Gemeinde veräußert oder sonst verwertet werden oder die belastete Fläche verpachtet wird und nur der Gelderlös, der dem Verhältnis der auf die Rechtler insgesamt entfallenden Nutzung entspricht, anteilig an die Rechtler ausbezahlt wird. Eine solche Form der Ausübung von NRen gilt als zulässig²³⁵. Allerdings besteht das GNR hierbei nicht etwa an dem erzielten Barerlös, sondern nach wie vor an dem Grundstück. Rechtsgrundlage der Geldforderung ist die getroffene Vereinbarung.

Die Umwandlung des Naturalanspruchs in eine Geldforderung tritt im allgemeinen auch dann ein, wenn nur die Mehrheit der Rechtler einer solchen Vereinbarung zustimmt, während die Minderheit auf Naturalnutzung beharrt²³⁶.

²³¹ Vgl. VGH 49/154–155 für die Rechtslage nach GO 1927; ferner die ausführliche Darstellung bei Illig S. 36–41

²³² Vgl. VGH 50/163

²³³ Vgl. VGH vom 20. 1. 1960 Nr. 66 IV 57 und VGH vom 2. 12. 1958 in „Fundstelle“ 1959 Nr. 60

²³⁴ Vgl. IME vom 28. 2. 1958 in „Fundstelle“ 1958 Nr. 230 und BayBgm 1959/18

²³⁵ So VGH 12/128, VGH n. F. 1/67, 10/13 + 17, 13/113

²³⁶ So VGH n. F. 1/64 und Mayer, Sonderheft 310 der „Fundstelle“ S. 19; siehe auch unten § 9, IV, 2 über Mehrheitsbeschlüsse

4. Verjährung der Einzelansprüche

Die aus dem GNRe fließenden Einzelansprüche unterliegen – von Geldforderungen abgesehen, die gemäß Art. 125 AGBGB nach dem Ablauf von drei Jahren erlöschen – der Verjährung. Für die auf Naturalnutzung gerichteten Einzelansprüche paßt jedoch § 197 BGB, der für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen eine vierjährige Verjährungsfrist vorsieht, nicht in allen Fällen, vielmehr gilt folgendes:

Wer den Zeitraum, in dem die jeweils fällig gewordenen Nutzungen (z. B. Brennholz) in Empfang zu nehmen oder (z. B. bei Weide- und Ackernutzung) selbst zu ziehen sind, ungenutzt verstreichen läßt, verliert, wenn er die Unterbrechung zu vertreten hat, sein GNR samt den Einzelansprüchen auf die ihm zukommende Nutzung. Hat er die Unterbrechung hingegen nicht zu vertreten²³⁷, so behält er zwar sein GNR; die Nutzungen jedoch, die in der Zwischenzeit zu beanspruchen gewesen wären, können im allgemeinen nicht mehr nachgefordert werden. Beruht die Unterbrechung auf freiwilligem Verzicht wegen einer besonderen Notlage der Gemeinde, so versteht es sich von selbst, daß eine Nachforderung ausgeschlossen ist. Aber auch in den Fällen, in denen eine nicht zu vertretende Unterbrechung darauf zurückgeht, daß die Rechtler gegen ihren Willen an der Nutzung gehindert wurden, müssen die Rechtler ihre Ansprüche zwar alsbald geltend machen, können aber in der Regel nicht mehr Nachgewährung der Nutzungen in natura fordern, sondern müssen sich mit einem Schadensersatzanspruch begnügen. Bei Weide-, Wiesen- und Ackernutzung liegt dies in der Natur der Sache. Bei Brennholzrechten ist die nachträgliche Gewährung verweigerter Brennholzes jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn das zur Verteilung fällig gewesene Holz inzwischen anderweitig vergeben wurde und zusätzlicher Brennholzeinschlag zu Raubbau führen würde. Ist letzteres nicht anzunehmen, so kann analog § 197 BGB eine vierjährige Verjährungsfrist angenommen werden, ebenso bei Ansprüchen auf Bauholz, auf Steine aus einem Steinbruch oder auf sonstige Bodenbestandteile. Voraussetzung ist aber stets, daß die Unterbrechung der Nutzung nicht zu vertreten oder zwar zu vertreten, aber infolge ununterbrochener Weiterausübung einer anderen aus dem GNR entspringenden Teilbefugnis unschädlich ist²³⁸.

II. Die aus dem GNR entspringenden Pflichten

1. Die Verpflichtung, Gegenleistungen zu erbringen

a) Geschichtliche Entwicklung

Ursprünglich fühlten sich die zur Nutzung der Allmende berechtigten Dorfbewohner vielfach als die Gemeinde schlechthin und trugen deshalb auch alle der örtlichen Gemeinschaft obliegenden Verpflichtungen (Errichtung und Unterhaltung gemeindlicher Bauten und Anlagen, Unterhaltung der Straßen und Wege). In kleineren Orten dauerte dieser Zustand, obwohl er seit 1808 nicht mehr dem Gesetz entsprach, oftmals bis in die Gegenwart hinein fort. Außerdem mußten die Rechtler in alter Zeit oft für die Nutzung

²³⁷ Vgl. oben § 3, III, 3 c über ununterbrochene Ausübung

²³⁸ Vgl. oben § 3, III, 3 c über teilweise Unterbrechung

der Gemeindegründe erst an den Grundherrn und später an die politische Gemeinde oder die ehemalige Ortschaft Zins zahlen. Hiervon rührt es her, daß sich in vielen Orten ein Herkommen gebildet hat, demzufolge die Rechtler für die Nutzung Gegenleistungen erbringen müssen.

b) Heutige Regelung

Heute bestimmt Art. 69 Abs. 2 GO in ähnlicher Weise wie zuvor Art. 34 Abs. 1 GO 1869, Art. 37 Abs. 2 GO 1927 = § 7 Abs. 2 AnglVO, daß die Berechtigten für die Nutzungen Gegenleistungen zu erbringen haben, soweit dies bisher der Fall war. Die Höhe der Gegenleistungen bemißt sich nach dem Wertverhältnis zwischen Nutzungen und Gegenleistungen am 1. 1. 1938.

c) Begriff und Arten der Gegenleistung

Der Begriff der Gegenleistung erfordert, daß sie herkömmlich als Gegenleistung für die Vorteile des GNRes aufgefaßt wurde. Ein Kennzeichen dafür ist es, wenn die Gegenleistung in einem gewissen Zusammenhang mit dem Gegenstand der Nutzung steht²³⁹. Der Beweis, daß es sich um eine Gegenleistung handelt, obliegt der Gemeinde.

Als Gegenleistungen kommen z. B. Geldleistungen in Betracht²⁴⁰, etwa die Zahlung einer Gebühr bei jedem Übergang des berechtigten Anwesens auf einen anderen Eigentümer (sofern es sich nicht um die sogenannte Bürgerrechtsgebühr handelt, die in früheren Zeiten für die Teilnahme an der freiwilligen und widerruflichen Verteilung von Nutzungen an alle Bürger gezahlt werden mußte)²⁴¹. Mitunter sind auch Entgelte zu entrichten, die nach der Menge der bezogenen Nutzungen bemessen sind, aber den Rechtlern die Nutzungen meist sehr billig zukommen lassen (z. B. eine sogenannte Waldtaxe oder Klawergebühren).

Die Gegenleistung kann aber auch in Dienst- und Sachleistungen bestehen. Hand- und Spanndienste können, wenn sie mit der Nutzung in Zusammenhang stehen (z. B. Abfuhr des für die Gemeinde bestimmten Holzes aus dem Wald), eine Gegenleistung für die Ausübung von GNRes darstellen²⁴². Obliegen die Hand- und Spanndienste aber z. B. auf Grund einer Satzung nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 GO Rechtlern und Nichtrechtlern gleichermaßen, so handelt es sich nicht um eine Gegenleistung²⁴³. In vielen Orten sind die Rechtler z. B. verpflichtet, das Holz für die Schule und das Holz, das die Gemeinde dem Ortsgeistlichen liefert, anzufahren und kleinzumachen²⁴⁴. Bei Weiderechten kann die Gegenleistung darin bestehen, daß die Rechtler ihr Vieh des Düngers wegen auch nachts auf der Gemeindeweide belassen müssen (Pferchrecht)²⁴⁵. Eine Verpflichtung, die Feld- und Waldwege im gesamten Gemeindegebiet zu unterhalten, kann den Rechtlern nach gegenwärtigem Recht nicht mehr obliegen, weil die Unterhaltung der Feld- und

²³⁹ Vgl. Illig S. 63

²⁴⁰ Vgl. Illig S. 63

²⁴¹ Siehe hierzu Woerner, Anm. 10 zu Art. 37 GO 1927

²⁴² Vgl. Masson, Anm. 8 zu Art. 69 GO, und Woerner, Anm. 10 zu Art. 37 GO 1927

²⁴³ Vgl. VGH 15/91 und 30/78. Es sind jedoch im selben Ort beide Fälle nebeneinander möglich

²⁴⁴ Beispiel in VGH 16/229

²⁴⁵ Vgl. Stadler S. 44

Waldwege nicht Aufgabe der Gemeinde als solcher, sondern gemäß Art. 54 Abs. 1 BayStrWG Sache derjenigen ist, deren Grundstücke über diese Wege bewirtschaftet werden. Von einer Gegenleistung kann nämlich nur dann gesprochen werden, wenn die Rechtler für die Gemeinde tätig werden. Ausbesserungsarbeiten an Straßen und Wegen können deshalb nur in den Fällen die Gegenleistung für die Ausübung von GNren darstellen, in denen die Gemeinde Trägerin der Baulast ist (Gemeindestraßen, Art. 47 BayStrWG, und solche Feld- und Waldwege, die zur Bewirtschaftung gemeindlicher Grundstücke dienen, Art. 54 Abs. 1 BayStrWG).

d) Herkömmlichkeit der Gegenleistung

Illig²⁴⁶ legt die Wendung „... soweit dies bisher der Fall war“ in Art. 69 Abs. 2 GO dahin aus, daß es genüge nachzuweisen, daß am 1. 1. 1938, dem für die Höhe der Gegenleistung maßgebenden Stichtag, eine entsprechende Übung bestanden habe. Gegen diese Auslegung bestehen Bedenken, weil nichts darauf hindeutet, daß der Gesetzgeber den Stichtag für die Höhe der Gegenleistung auch für den Nachweis des Herkommens zugrunde legen wollte. Es muß berücksichtigt werden, daß schon Art. 37 Abs. 2 GO 1927 wegen seines mit Art. 69 Abs. 2 GO 1952 übereinstimmenden Wortlauts die Entstehung neuer Gegenleistungsverpflichtungen nicht mehr zuließ, so daß jedenfalls nach dem 1. 4. 1928, dem Tag des Inkrafttretens der GO 1927, neue Gegenleistungsverpflichtungen nicht mehr begründet werden konnten²⁴⁷. 1928 wurde eine Gegenleistung dann als herkömmlich angesehen, wenn sie 30 Jahre kraft Rechtsüberzeugung bestanden hatte, also mindestens seit dem 1. 4. 1898 erbracht worden war²⁴⁸. Ein Zurückgehen auf die Zeit vor 1818 wurde nicht gefordert²⁴⁹. Es liegt deshalb nahe, daß der Gesetzgeber auch 1952, als er genau wie die GO 1927 nur eine dreißigjährige Frist für die Bildung von Herkommen forderte, das Herkommen für etwaige Gegenleistungen nicht anders bemessen wollte als das Herkommen für die Ausübung von GNren überhaupt. Demzufolge müssen Gegenleistungen, um heute eine Verpflichtung zu begründen, mindestens seit dem 18. 1. 1922 erbracht worden sein.

Im übrigen kann auch ein Rechtstitel die Verpflichtung zu Gegenleistungen festlegen.

e) Eintritt der Gegenleistungspflicht

Zu Gegenleistungen verpflichtet ist nur, wer das berechtigte Anwesen tatsächlich bewirtschaftet und an der Nutzung teilnimmt, also z. B. auch ein Hofpächter. Dies ergibt sich aus der Formulierung „Wer Nutzungen bezieht ...“ in Art. 69 Abs. 1 GO, die sinngemäß auch für Art. 69 Abs. 2 GO gilt²⁵⁰. Fallen die Nutzungen für alle Rechtler zeitweilig aus, so sind die

²⁴⁶ Illig S. 63

²⁴⁷ So Hölzl-Rollwagen, Anm. 5 zu Art. 69 GO, und Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 69 GO

²⁴⁸ Vgl. Woerner, Anm. 11 zu Art. 37 GO 1927

²⁴⁹ Vgl. VGH 16/227

²⁵⁰ Vgl. Masson, Anm. 1 zu Art. 69 GO, und Hölzl-Rollwagen, Anm. 5 zu Art. 69 GO; ferner für die frühere Rechtslage VGH 30/77 ff. und Woerner, Anm. 10 zu Art. 37 GO 1927

Gegenleistungen nicht in allen Fällen weiterhin zu erbringen, sondern nur dann, wenn sie allgemeine Dienst- und Sachleistungen zum Gegenstand haben, die nicht notwendig an den tatsächlichen Bezug der Nutzung gebunden sind. Wenn die Rechtler etwa vorübergehend aus Gründen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung auf die Holznutzung verzichten müssen, so müssen sie gleichwohl – soweit dies bisher der Fall war – das Schulholz heranfahren und zerkleinern, brauchen aber selbstverständlich nicht Entgelt für die ihnen zustehende, aber nicht bezogene Nutzung (Gebühren pro Klafter Brennholz usw.) entrichten.

Fällig wird die Gegenleistung, soweit sich nicht aus ihrer Art oder aus Titel oder Herkommen etwas anderes ergibt, im Zweifel analog Art. 10 FRG mit der Überweisung der Nutzungen, bei Weide- und Ackernutzung am Ende der Nutzungsperiode.

2. Die Verpflichtung, Lasten und Ausgaben zu tragen

a) Art und Umfang der Verpflichtung

Nach Art. 69 Abs. 1 GO sind die Rechtler verpflichtet, die auf dem Gegenstand der Nutzung ruhenden Lasten zu tragen und die zur Gewinnung der Nutzungen und zur Erhaltung oder zur Erhöhung der Ertragsfähigkeit erforderlichen Ausgaben zu bestreiten. Diese Verpflichtung besteht nur gegenüber der politischen Gemeinde, nicht gegenüber Dritten²⁵¹. Ein Dritter, der hinsichtlich des Nutzungsgegenstands eine Forderung hat, kann diese nur gegenüber der Gemeinde geltend machen, die dann ihrerseits die entsprechende Ausgabe anteilmäßig auf die Rechtler umlegen muß. Die Rechtler selbst haften der Gemeinde nur anteilig, nicht als Gesamtschuldner²⁵². Im übrigen sind nur diejenigen von ihnen verpflichtet, sich zu beteiligen, die tatsächlich Nutzungen in Anspruch nehmen, wie sich aus der Ausdrucksweise „Wer Nutzungen bezieht ...“ in Art. 69 Abs. 1 GO ergibt²⁵³. Der von dem einzelnen Rechtler aufzubringende Anteil bemißt sich nach seinem Anteil an der Nutzung, wobei es ohne Bedeutung ist, ob die Lasten und Ausgaben im Einzelfall den Gegenwert der Nutzung übersteigen²⁵⁴.

Wird Gemeindevermögen teilweise von der Gemeinde, teilweise von den Rechtlern genutzt, wie dies beim Gemeindewald die Regel ist, so sind die Lasten und Ausgaben zwischen der Gemeinde und den Rechtlern im Verhältnis der Nutzung zu teilen, Art. 69 Abs. 1 Satz 2 GO (ähnlich zuvor Art. 34 Abs. 2 GO 1869 und Art. 37 Abs. 1 Satz 2 GO 1927). Zum Teil wird dabei die Ansicht vertreten²⁵⁵, daß eine abweichende Regelung der Verteilung durch Titel, Herkommen oder Verträge aus der Zeit vor 1928 unberührt bleibe. Art. 34 Abs. 2 GO 1869 hatte nämlich den Zusatz enthalten „... sofern nicht ein anderweitiges rechtsbegründetes Herkommen

²⁵¹ Vgl. Illig S. 60

²⁵² So Mang (Heigl) S. 274, vgl. auch § 420 BGB

²⁵³ Vgl. Masson, Anm. 1 zu Art. 69 GO, und Hölzl-Rollwagen, Anm. 1 zu Art. 69 GO, sowie Illig S. 61 und 64

²⁵⁴ Vgl. Woerner, Anm. 6 zu Art. 37 GO 1927, und Illig S. 62. Analoge Anwendung von §§ 742 und 748 BGB, wie sie Stadler S. 27 befürwortet, ist nicht möglich, da die Rechtler unter sich nicht in Rechtsgemeinschaft stehen

²⁵⁵ Vgl. Hölzl-Rollwagen, Anm. 4 zu Art. 69 GO, und Illig S. 62

besteht“, und Art. 37 Abs. 1 Satz 2 GO 1927 hatte bestimmt „... es sei denn, daß bisher die Verteilung anderweitig geregelt war“. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil der Gesetzgeber 1952 den Art. 37 Abs. 1 GO fast wörtlich, aber ohne jenen Zusatz in die neue GO übernommen hat. Die Streichung des Vorbehalts anderweitiger Regelung erfolgte offenbar bewußt, um der einseitigen Abwälzung aller Lasten und Ausgaben, wie sie mancherorts die Rechtler durch ihr Übergewicht in der Gemeinde zur Übung hatten werden lassen, die Grundlage zu entziehen. Art. 69 Abs. 1 Satz 2 GO muß daher als zwingendes Recht angesehen werden.

b) Begriff der Lasten im Sinn von Art. 69 Abs. 1 GO

Die auf dem Gegenstand der Nutzung ruhenden Lasten umfassen alle Leistungspflichten, die mit dem Besitz des nutzungsbelasteten Objekts verbunden sind. Darunter fallen Steuern und Abgaben (Grundsteuer), Gebühren, Beiträge zu Wasser- und Bodenverbänden, zu Alm-, Flurbereinigungs- und Ödlandgenossenschaften, zur landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft und für den Feld- und Waldschutz, ferner Soforthilfeabgaben, Vermessungskosten und etwaige Gegenleistungen für dingliche Rechte der Gemeinde am Grundvermögen Dritter, wenn diese Gegenstand der Nutzung sind²⁵⁶. Prozeßkosten gehören nicht zu den Lasten im Sinn von Art. 69 Abs. 1 GO²⁵⁷.

c) Begriff der Ausgaben im Sinn von Art. 69 Abs. 1 GO

Zu den Ausgaben, die zur Gewinnung der Nutzungen und zur Erhaltung oder zur Erhöhung der Ertragsfähigkeit erforderlich sind, zählen Personal- und Sachausgaben jeder Art, soweit sie diesen Zwecken dienen, also z. B. Holzfällers- und Fuhrerlöhne, Hirtenlöhne, Ausgaben zur Herstellung und Unterhaltung der Zufahrtswege (Art. 54 Abs. 1 BayStrWG) und insbesondere Ausgaben für Maßnahmen der Bodenverbesserung (Aufforstung, Düngung von Äckern und Wiesen, Entwässerung feuchter Wiesen usw.). Weiter sind als Beispiele zu nennen: die Kosten der staatlichen Forstaufsicht, die Ausgaben für Umzäunung von Weideland, für Bau und Unterhalt von Almhütten und schließlich die Kosten für die Erstellung der erforderlichen Wirtschaftspläne²⁵⁸.

d) Form der Leistung

Die Rechtler haben ihre Verpflichtung nach Art. 69 Abs. 1 GO grundsätzlich in der Weise zu erfüllen, daß sie die notwendigen Geldbeträge anteilig aufbringen und an die Gemeindekasse abführen. Daneben ist es jedoch auch zulässig, daß die Rechtler etwa erforderliche Arbeiten und Dienstleistungen nach den Anweisungen der Gemeinde selbst vornehmen²⁵⁹. Eine Pflicht für den einzelnen Rechtler zu persönlicher Arbeitsleistung besteht allerdings nur, wenn sie durch Titel oder Herkommen festgelegt ist – was in vielen Gemeinden der Fall sein wird –; Mehrheitsbeschlüsse der übrigen Rechtler hingegen vermögen für sich allein eine solche Pflicht nicht zu begründen.

²⁵⁶ Vgl. die Aufzählung in „Fundstelle“ 1951 Nr. 766 und BayBgm 1951 S. 239, ferner bei Illig S. 59

²⁵⁷ So Masson, Anm. 4 zu Art. 69 GO, und VGH 1/471

²⁵⁸ Vgl. Illig S. 60

²⁵⁹ Vgl. wiederum Illig S. 60

3. Pflichten der Rechtler hinsichtlich der Ausübung von GNRe

Bei Ausübung der GNRe obliegen den Rechtlern zahlreiche Pflichten, aus deren Verletzung sich Schadensersatzpflichten ergeben können:

Die Rechtler dürfen grundsätzlich nicht eigenmächtig vorgehen, sondern müssen die Zuweisung und Zuteilung der Nutzungen durch die Gemeinde abwarten. Sie sind verpflichtet, ihre NRe so schonend als möglich auszuüben (vgl. § 1020 Satz 1 BGB, Art. 4 Abs. 1 Satz 1 FRG). Die Nutzungen sind, soweit die Rechtler an ihrer Gewinnung beteiligt sind, nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu ziehen. Bei Streuentnahme dürfen z. B. keine Eisenrechen und Hauen verwendet werden (vgl. Art. 8 Abs. 5 FRG). Nie darf die Kulturart des genutzten Grundstücks verändert werden. Die Rechtler dürfen folglich keine Steinbrüche oder Sandgruben anlegen (vgl. §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1053 BGB). Die Rechtler müssen sich an Titel und Herkommen halten und dürfen nicht mehr Nutzungen ziehen, als ihnen zusteht. Sie müssen die Ausübungszeiten einhalten und gezogene Nutzungen rechtzeitig aufarbeiten und fortschaffen (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 3, Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 4 FRG). Selbstverständlich treffen die Rechtler auch allgemeine Treue- und Sorgfaltspflichten, denen zufolge sie z. B. gehalten sind, Schäden, die dem Nutzungsgegenstand drohen, unverzüglich anzuzeigen.

Zu Unrecht bezogene Nutzungen brauchen nicht mehr zurückerstattet zu werden, wenn der Betreffende hinsichtlich seines in Wirklichkeit nicht oder nicht in diesem Umfang bestehenden GNRes in gutem Glauben war und die Nutzungen von der Gemeinde zugeteilt oder zugewiesen erhielt, also sich keine verbotene Eigenmacht zuschulden kommen ließ²⁶⁰. Wußte er jedoch, daß er zum Bezug der Nutzungen nicht berechtigt war, oder blieb ihm dies infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, so muß er die bezogenen Nutzungen analog §§ 812 ff. BGB an die Gemeinde herausgeben oder, wenn dies nicht möglich ist, deren Wert ersetzen²⁶¹. Ist ein Rechtsstreit über die Nutzungsberechtigung anhängig und erweist sich, daß die Nutzung ohne Rechtsgrund erfolgte, so sind die seit Rechtshängigkeit bezogenen Nutzungen in jedem Fall herauszugeben²⁶².

B. Die Rechte und Pflichten der Gemeinde im Rahmen des zwischen ihr und den Rechtlern bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses

I. Die Rechte der Gemeinde gegenüber den Rechtlern

1. Das Verwaltungs- und Bewirtschaftungsrecht der Gemeinde

a) Ausschluß der Rechtler von der Verwaltung und Bewirtschaftung der Nutzungsobjekte

Die Befugnis, das nutzungsbelastete Vermögen zu verwalten und zu bewirtschaften, kommt im Gegensatz zu früheren Zeiten heute ausschließlich der Gemeinde kraft ihres Eigentumsrechtes zu²⁶³. Gemäß Art. 67 Abs. 1

²⁶⁰ Vgl. Mang (Heigl) S. 279

²⁶¹ Vgl. Woerner, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927, der in derartigen Fällen mit Recht die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für gegeben hält

²⁶² So VGH 22/124

²⁶³ Vgl. VGH 51/150 und VGH n. F. 13/113, ferner IME vom 28. 2. 1958 in „Fundstelle“ 1958 Nr. 230

GO hat sie dabei Vermögen ehemaliger Ortschaften als Sondervermögen zu verwalten. Eine Übertragung der Verwaltung und Bewirtschaftung auf die Rechtler ist unzulässig, weil die Gemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft hinsichtlich der Verwaltung und Bewirtschaftung ihres Vermögens gewissen Bindungen unterliegt²⁶⁴ und unter staatlicher Aufsicht steht²⁶⁵.

Gehört das belastete Vermögen mehreren Gemeinden gemeinschaftlich, so können die beteiligten Gemeinden einen gemeinsamen Verwaltungsausschuß einsetzen, der aber den Gemeinderäten verantwortlich bleiben muß.

Die Rechtler können allerdings vielfach dadurch, daß manche von ihnen Gemeinderatsmitglieder sind und nach Art. 49 Abs. 4 GO in Nutzungsfragen trotz persönlicher Beteiligung mitberaten und abstimmen dürfen, einen gewissen Einfluß auf die Verwaltung und Bewirtschaftung der Nutzungsobjekte nehmen. Da Rechtler in ihrer Eigenschaft als Gemeinderatsmitglieder in derartigen Fällen leicht in einen Interessenkonflikt geraten können, bestehen rechtsstaatliche Bedenken gegen Art. 49 Abs. 4 GO²⁶⁶. Diese Regelung erscheint jedoch notwendig, weil andernfalls in vielen Gemeinden die Gemeinderäte in Nutzungsfragen beschlußunfähig wären, falls die Mehrzahl der Gemeinderatsmitglieder zugleich Inhaber eines GNRes ist.

b) Umfang der gemeindlichen Verwaltungs- und Bewirtschaftungsbefugnis

Die Gemeinde trifft im Rahmen ihrer Verwaltungs- und Bewirtschaftungsbefugnis alle zur sachgemäßen Nutzung der belasteten Objekte erforderlichen Anordnungen und Maßnahmen und vergibt die erforderlichen Arbeiten²⁶⁷. Sie bestimmt auch, soweit Titel oder Herkommen keine Regelung treffen, auf welche Art und Weise die Nutzungen gewonnen und verteilt werden und – falls die Nutzungsrechte mengenmäßig ungemessen sind – in welchem Umfang jährlich die Nutzung erfolgen darf, ohne die ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Grundstücke zu gefährden²⁶⁸. Grundsätzlich ist die Gemeinde auch berechtigt, die Gewinnung der Nutzungen selbst vorzunehmen; die Rechtler sind im allgemeinen nur bei Weide-, Wiesen- und Ackernutzung zu unmittelbarem Zugriff befugt²⁶⁹. Im einzelnen gestalten sich die Befugnisse der Gemeinde je nach dem Objekt der Nutzung verschieden:

Bei Waldnutzung läßt die Gemeinde den Forstwirtschaftsplan aufstellen, entscheidet, wann, wo und wieviel Holz gefällt wird, läßt den Holztrieb vornehmen und weist sodann den Rechtlern einzeln ihr Holz an. Ferner bestimmt sie, welche Waldflächen abgeholzt und welche aufgeforstet werden, und sorgt für die notwendigen Kulturarbeiten.

Bei Streunutzung nimmt die Gemeinde – je nach Titel oder Herkommen – die Streugewinnung entweder selbst vor und verteilt die zu Haufen auf-

²⁶⁴ Vgl. Art. 56 Abs. 1, Art. 61 ff., Art. 82 ff. und Art. 88 ff. GO

²⁶⁵ Vgl. Art. 109 Abs. 1 GO (staatliche Rechtsaufsicht) und Art. 6 ff. FoG (staatliche Forstaufsicht)

²⁶⁶ Vgl. Illig S. 52

²⁶⁷ Vgl. Illig S. 53

²⁶⁸ Vgl. VGH n. F. 13/112–113

²⁶⁹ Vgl. VGH n. F. 13/113 und oben § 7, III

gesetzte Streu an die einzelnen Rechtler oder beschränkt sich auf die Zuweisung des Walddistrikts, aus dem in dem betreffenden Jahr die Streu geholt werden darf.

Erstrecken sich die NRe auf Weiden, Wiesen oder Acker- und Gemüseland, so obliegt der Gemeinde die Anweisung der jeweils zu nutzenden Fläche und die Festsetzung der Nutzungszeiten, soweit Titel oder Herkommen nicht schon beides genau bestimmen. Bei NRen an Acker- und Gemüseland erfolgt die unmittelbare Bewirtschaftung ausnahmsweise durch die Rechtler selbst, die aber insoweit unter gemeindlicher Aufsicht stehen.

Bei Nutzung von Bodenbestandteilen (Steine, Sand, Torf usw.) regelt und überwacht die Gemeinde die Entnahme derselben.

Bei der Verwaltung ihres Vermögens kann die Gemeinde selbstverständlich auch über Grundstücke und dingliche Rechte an solchen verfügen, sie z. B. veräußern, verpachten, mit Pfandrechten belasten usw., ohne daß die Wirksamkeit solcher Verfügungen nach außen von der Zustimmung der Rechtler, die an diesen Objekten NRe haben, abhinge²⁷⁰. Ob die Gemeinde allerdings im Einzelfall eine bestimmte Verfügung vornehmen darf, bemißt sich, abgesehen von Art. 61 Abs. 1 und 62 Abs. 1 GO, auch danach, ob die Verfügung einen unerlaubten Eingriff in bestehende NRe darstellt oder nicht (Näheres hierüber siehe unten unter d).

c) Erlaß und Rechtsnatur gemeindlicher Verwaltungsmaßnahmen hinsichtlich der Nutzung

Maßnahmen, die mit der Verwaltung des nutzungsbelasteten Gemeindevermögens zusammenhängen, fallen im allgemeinen in die Zuständigkeit des Gemeinderates und nicht unter die einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung, die der erste Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 1 GO selbst vornehmen kann. Bei Ortschaftsvermögen ist, wenn die ehemalige Ortschaft im Gemeinderat nicht vertreten ist, nach Art. 67 Abs. 4 GO der Ortsausschuß oder ein Vertreter der ehemaligen Ortschaft vorher zu hören. Handlungen und Maßnahmen der Gemeinde im Rahmen der Verwaltung ihres Vermögens (z. B. Rodung oder Verkauf einer Waldfläche) sind, auch wenn sie sich auf die Ausübung der GNRe nachteilig auswirken, keine Verwaltungsakte, denn sie erfolgen nicht bei Betätigung hoheitlicher Gewalt²⁷¹ und beeinflussen die NRe nur tatsächlich, nicht rechtlich. Die bestehenden NRe können nämlich in ihrem rechtlichen Bestand – von der Ablösung nach Art. 70 GO abgesehen – durch einseitige Maßnahmen der Gemeinde nicht berührt werden. Auch wenn die Gemeinde durch Verwaltungsmaßnahmen die Nutzung in rechtswidriger Weise schmälert, behält der einzelne Rechtler sein NR und die daraus fließenden Ansprüche; die Gemeinde macht sich allenfalls schadensersatzpflichtig.

d) Rechtmäßigkeit gemeindlicher Verwaltungsmaßnahmen

Damit, daß Maßnahmen zur Verwaltung und Bewirtschaftung der Nutzungsobjekte grundsätzlich der Gemeinde obliegen, ist nicht gesagt, daß

²⁷⁰ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO, und Mang S. 277

²⁷¹ Vgl. VGH 33/12

die Gemeinde insoweit frei schalten und walten darf. Ob eine Maßnahme rechtmäßig ist, hängt vielmehr vom Innenverhältnis zwischen der Gemeinde und den Nutzungsberechtigten ab. Schmälert eine Verwaltungsmaßnahme in unzulässiger Weise bestehende GNRe, so ist sie rechtswidrig und verpflichtet grundsätzlich zum Schadensersatz.

Wann den Rechtlern nachteilige Maßnahmen der Gemeinde zulässig sind, ist äußerst umstritten. Die Frage ihrer Zulässigkeit führt insbesondere bei fehlendem Einverständnis der Rechtler zu Streitigkeiten, wenn NRe dadurch beeinträchtigt werden, daß der Nutzung vorbehaltene Teilflächen dieser künftig entzogen werden oder daß die weitere Ausübung der bisherigen Nutzung auf einer Teilfläche zeitweise oder dauernd erheblich behindert und der Ertrag geschmälert wird. Als Beispiele solcher Maßnahmen seien genannt: die Veräußerung belasteter Grundstücke oder deren Verpachtung, Änderungen in der Kulturart wie etwa Umackern oder Aufforsten von Weiden und Wiesen, Anlegung von Steinbrüchen und Sandgruben, Rodung eines Waldstücks, ferner die Erstellung von Bauten, neuen Straßen und sonstigen Anlagen auf nutzungsbelastetem Gelände, Bestellung von dinglichen Rechten am Nutzungsobjekt, Kahlschläge im Wald zugunsten der Finanzierung gemeindlicher Projekte usw.

Zum Teil wird in Rechtsprechung und Literatur die Meinung vertreten, daß jedenfalls die Veräußerung nutzungsbelasteter Vermögensgegenstände auch ohne Zustimmung der beeinträchtigten Rechtler rechtmäßig und zulässig sei²⁷². Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß GNRe ihrem Wesen nach nur an gemeindlichem Eigentum bestehen könnten und bloße Anteilsrechte seien. Die Gefahr des Untergangs oder der Schmälierung infolge Ausscheidens belasteter Grundstücke aus dem Gemeindevermögen sei eine den GNRen eigentümliche Beschränkung, weshalb die Rechtler es hinnehmen müßten, daß die Menge der Erträge z. B. durch Verkauf eines Teils der Nutzfläche zusammenschrumpfe. Art. 70 und 71 GO (Ablösung und Aufhebung) träfen nur eine Sonderregelung für den Fall, daß GNRe beseitigt oder eingeschränkt würden, die belasteten Grundstücke aber – soweit sie nicht teilweise als Entschädigung an die Rechtler gegeben würden – im Eigentum der Gemeinde verblieben²⁷³.

Dieser Auffassung muß widersprochen werden, denn sie würde Art. 70 und 71 GO, in denen die zwangsweise Beseitigung und Aufhebung von GNRen erschöpfend geregelt ist, illusorisch machen. Daraus, daß GNRe ihrem Wesen nach nur am Gemeindevermögen bestehen können, folgt noch nicht, daß die Gemeinde belastetes Vermögen nach Belieben veräußern darf. In der Zeit vor 1808, als die Rechtler vielfach die Dorfgemeinde schlechthin ausmachten und die Allmende ihr genossenschaftliches Gesamthandseigen-

²⁷² Vgl. VGH vom 19. 2. 1962, veröffentlicht in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147 (bei besonderen Umständen hält der VGH allerdings eine Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB oder eine Entschädigungspflicht aus enteignungsähnlichem Eingriff für möglich); ähnlich Schiedermaier in BayBgm 1949/113–114 (keine Schadensersatzpflicht, wenn Veräußerung im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung); Kahr, Vorbem. 1 vor Art. 26 ff. GO 1869, lehnt Schadensersatzpflicht bei Veräußerung grundsätzlich ab. Kiefersauer S. 21–22 verneint Schadensersatzpflicht bei Änderung der Kulturart.

²⁷³ Vgl. VGH vom 19. 2. 1962 in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147 und Schiedermaier in BayBgm 1949/113–114

tum war, bestand freilich keine Pflicht, die Nutzungsberechtigten zu entschädigen, wenn Grundstücke veräußert wurden, denn die Rechtler bestimmten in aller Regel selbst über die Veräußerung; außerdem erstreckte sich die Nutzungsberechtigung der vollberechtigten Dorfgemeinschaften damals von selbst auch auf neu hinzuerworbene Grundstücke, was heute nicht mehr der Fall ist. Es erscheint nicht vertretbar, die Veräußerung gemeindlicher Grundstücke in der Gegenwart nach den vor 1808 geltenden Grundsätzen zu behandeln, nachdem sich die Verhältnisse grundlegend gewandelt haben und GNRe nunmehr nur NRe an fremder Sache sind und neu erworbene Grundstücke nicht mehr erfassen. Diese Behandlung verstieße im übrigen auch gegen den Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben und gegen die Eigentumsgarantien der Verfassung, die auch für GNRe gelten²⁷⁴. Es kann nicht Sinn des Art. 71 GO sein, daß eine Aufhebung von GNRen an Teilen der Nutzfläche gegen Entschädigung nur dann in Frage käme, wenn die Gemeinde die betreffenden Grundstücke zwar behält, aber aus Gründen des Gemeinwohls zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt, während GNRe an einer Teilfläche durch bloße Veräußerung derselben ohne Aufhebungsverfahren nach Art. 71 GO entschädigungslos beseitigt werden dürften. Benötigt die Gemeinde nutzungsbelastetes Gelände aus Gründen des Gemeinwohls zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so spielt es keine Rolle, ob die Gemeinde Eigentümerin bleibt oder das Gelände (z. B. als Siedlungsland) abgibt.

Grundsätzlich ist daher festzustellen, daß Maßnahmen der Gemeinde, wenn sie GNRe beeinträchtigen, nur dann zulässig und rechtmäßig sind, wenn die Rechtler zustimmen oder eine Ablösung oder Aufhebung der GNRe in dem erforderlichen Umfang (Art. 70, 71 GO) vorausgeht²⁷⁵. Entschädigungslose Veräußerung oder eine Veränderung der Kulturart von Nutzungsobjekten und ähnliche Maßnahmen widersprechen, da sie zu einer Umgehung und Aushöhlung von Art. 70, 71 GO führen würden, der Tendenz der Art. 68 ff. GO, die bestehenden GNRe aufrechtzuerhalten. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde mit NRen belastete Grundstücke für öffentliche Zwecke (Bahn- und Straßenbau, Errichtung militärischer Anlagen) abtritt oder mit dinglichen Rechten (Kahlschlag unter Hochspannungsleitungen) belastet²⁷⁶, weil im Falle einer Enteignung durch den Staat oder durch ein öffentliches Energieversorgungsunternehmen auch für die teilweise Beseitigung der GNRe Entschädigung gezahlt würde.

Nehmen die Rechtler eine ihnen nachteilige Handlungsweise der Gemeinde hin und finden sich mit der geschmälernten Nutzung ab, so kann darin ein Verzicht auf Schadenersatz liegen.

²⁷⁴ Vgl. unten § 11, II

²⁷⁵ Vgl. Laforet, Anm. 3 zu Art. 33 GO 1927; BayGemVZ 1928/504 (Schadenersatz bei Verpachtung); BayBgm 1949/48 + 216 ff. und 1951/93 + 216 und 1959/19; ferner Illig S. 74–75 (Änderung der Kulturart); Helmreich-Widmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO (Änderung der Kulturart); siehe auch Hölzl-Rollwagen, Anm. 4 zu Art. 70 GO, und Masson, Anm. 1 zu Art. 70 GO, sowie VG Ansbach, Urteil vom 16. 6. 1959 Nr. 2937 ff.–II/57 (Schadenersatz bei Bestellung eines Erbbaurechts am Nutzungsobjekt)

²⁷⁶ Vgl. VGH 1/281 ff.

Zustimmung der Rechtler liegt im übrigen, weil die GNRe Individualrechte sind und Art. 70 GO (Ablösung mit Zustimmung der Mehrheit) eine Ausnahme bildet, nur vor, wenn alle Rechtler zustimmen²⁷⁷. Stimmen einige nicht zu, bleibt die Gemeinde diesen gegenüber schadensersatzpflichtig.

2. Das Recht der Gemeinde, Gegenleistungen und Beteiligung an Lasten und Ausgaben zu verlangen

Nach Art. 69 GO hat die Gemeinde einen Rechtsanspruch gegen jeden Rechtler, der Nutzungen bezieht, daß er die herkömmlichen Gegenleistungen bei Fälligkeit entrichtet und sich im Verhältnis seines Nutzteils an den Lasten und Ausgaben, die mit dem Nutzobjekt verbunden sind, beteiligt. Im Streitfall entscheiden die Verwaltungsgerichte (Art. 69 Abs. 3 GO).

Solange die Rechtler ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, darf die Gemeinde die Nutzungen analog §§ 273, 274 BGB zurückbehalten und kann nur Zug um Zug gegen Erbringung der Rechtlerleistungen zur Gewährung der Nutzungen verurteilt werden²⁷⁸. Kommt ein Rechtler mit seiner Gegenleistung in Verzug, kann die Gemeinde nach Fristsetzung entsprechend § 326 BGB auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen²⁷⁹.

Die Gemeinde darf den Rechtlern ihre Verpflichtungen nicht erlassen oder darauf verzichten (Art. 61 Abs. 1 und 3 GO).

Das Recht der Gemeinde, herkömmliche (d. h. 1922 schon übliche) Gegenleistungen zu fordern, besteht fort, solange Nutzungen bezogen werden, auch wenn die Gemeinde zeitweise aus Nachlässigkeit oder Großzügigkeit auf Erbringung der Gegenleistungen nicht bestand²⁸⁰. Der Anspruch auf die einzelne, fällig gewordene Gegenleistung und auf Beteiligung an einer bestimmten, in dem jeweiligen Nutzungsjahr angefallenen Ausgabe für das Nutzungsobjekt unterliegt jedoch der Verjährung²⁸¹. Geldansprüche erlöschen nach Art. 124 AGBGB nach drei Jahren, andere Ansprüche verjähren analog § 195 BGB in 30 Jahren – soweit sie nicht auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, die entsprechend § 197 BGB in vier Jahren verjähren, und soweit sich nicht aus der Natur der Sache etwas anderes ergibt. Dienstleistungen (z. B. Waldarbeiten) können vielfach nicht mehr nachgeholt werden, weil sie jährlich erneut fällig werden.

3. Sonstige Ansprüche der Gemeinde

Allgemein gilt, daß jeder der oben unter § 8, A, II erwähnten Verpflichtung der Rechtler ein entsprechender Anspruch der Gemeinde gegenübersteht. Üben die Rechtler beispielsweise ihre Rechte nicht schonend aus oder handeln sie eigenmächtig, kann die Gemeinde analog § 1004 BGB auf Beseitigung der Störung oder Unterlassung klagen.

²⁷⁷ So Helmreich-Widtmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO; a. M. VGH n. F. 1/64 und BayBgm 1948/91 unter Hinweis auf Art. 70 GO

²⁷⁸ Vgl. VGH 14/32, ferner Illig S. 64 und „Fundstelle“ 1954 Nr. 68

²⁷⁹ Vgl. VGH 9/65

²⁸⁰ Unterbrechung des Herkommens kann nur das GNR als Ganzes zum Erlöschen bringen. Verjährung einzelner daraus fließender Befugnisse und Verpflichtungen ist nicht möglich, vgl. unten § 10, I, 2.

²⁸¹ Vgl. Illig S. 58

II. Die Pflichten der Gemeinde gegenüber den Rechtlern

1. Die Pflicht, die Nutzungen zu gewähren

a) Natur und Ausmaß der gemeindlichen Verpflichtung

Dem oben unter § 8, A, I geschilderten Rechtsanspruch der Rechtler entspricht die Verpflichtung der Gemeinde, die Nutzungen, soweit sie den Rechtlern nach Titel oder Herkommen gebühren, bei Fälligkeit zu gewähren und nicht zugunsten der Gemeindekasse zu verwerten. Die Gemeinde darf die Nutzungsgewährung nicht einseitig widerrufen und einstellen; sie muß die Ansprüche der Rechtler vielmehr auch dann befriedigen, wenn ihre wirtschaftliche Lage schlecht ist und wichtige Gemeindevorhaben mit Hilfe des Nutzungsertrags verwirklicht werden könnten, weil die GNRe dem Eigenbedarf der Gemeinde vorgehen.

b) Erfüllung der gemeindlichen Verpflichtung

Auf welche Weise die Gemeinde ihre Verpflichtung, die Nutzungen zu gewähren, erfüllen muß, welche Handlungen etwa erforderlich sind, um den Nutzungsberechtigten das Eigentum an Erzeugnissen und Früchten des Nutzungsobjekts zu verschaffen usw., bemißt sich nach Titel oder Herkommen und ist je nach dem Inhalt der GNRe verschieden zu beurteilen.

In manchen Fällen hat die Gemeinde ihre Pflicht schon dadurch erfüllt, daß sie die Nutzungen nur bereithält und die Nutznießung durch die Rechtler duldet, ohne selbst tätig zu werden²⁸². Dies ist in der Regel bei Weiderechten und häufig auch bei Rechten auf Nutzung von Acker- und Gemüseland anzunehmen, sofern die dem einzelnen Rechtler zur Nutzung offenstehende Fläche bereits festliegt und nach Titel oder Herkommen nicht jeweils jährlich eine besondere Zuweisung durch die Gemeinde zu erfolgen hat.

Im Regelfall allerdings genügt es nicht, die Nutzungen nur bereitzuhalten, sondern die Gemeinde muß die Fläche, aus der die Nutzungen zu gewinnen sind, genau bezeichnen sowie Ausmaß und Zeit der Nutzung festlegen. Diese Pflicht besteht insbesondere – sofern Titel oder Herkommen nichts Abweichendes vorschreiben – bei Waldweide- (vgl. Art. 9 Abs. 2 FRG) und Waldstreurechten, ferner bei Rechten auf Entnahme von Bodenbestandteilen. Darüber hinaus muß die Gemeinde nach Titel und Herkommen in zahlreichen Fällen auch noch dem einzelnen Berechtigten seinen Anteil besonders zuteilen, so fast stets bei HNRen. Bei der Waldnutzung – die der staatlichen Forstaufsicht unterliegt – geschieht die Fällung und Aufbereitung des Holzes grundsätzlich im Auftrag der Gemeinde, auch wenn die Rechtler gemeinschaftlich die anfallenden Arbeiten durchführen. Hieraus folgt, daß die Gemeinde bei HNRen im allgemeinen von ihrer Leistungspflicht erst frei wird, wenn sie das gefällte und aufgearbeitete Holz überprüft, listenmäßig aufgenommen und an die einzelnen Rechtler nach Maßgabe ihrer Anteile zu Eigentum (§ 929 BGB) überwiesen hat²⁸³. Bei Streu-

²⁸² VGH n. F. 15/109 erweckt zu Unrecht den Anschein, als sei in allen Fällen ein aktives Tun der Gemeinde erforderlich.

²⁸³ Vgl. VGH n. F. 13/113 und 15/109, siehe auch Art. 5 Abs. 3 FRG und Art. 7 Abs. 1 FRG.

nutzung gelten mitunter ähnliche Grundsätze (vgl. Art. 8 Abs. 4 FRG). Bei Bauholzrechten hingegen genügt meist schon die Anweisung der zu fällenden Stämme an den Berechtigten (vgl. Art. 5 Abs. 2 FRG).

Mit einer Anweisung oder Zuteilung der Nutzungen an die Gesamtheit der Rechtler erfüllt die Gemeinde ihre Verpflichtung nur in den Fällen, in denen Titel oder Herkommen vorschreiben, daß die Nutzung nur gemeinschaftlich erfolgen darf (z. B. bei Weiderechten), oder in denen sich die Rechtler zur Wahrnehmung ihrer Interessen zu einer bürgerlich-rechtlichen Vereinigung zusammengeschlossen haben, die zum Empfang der Nutzungen bevollmächtigt sein soll²⁸⁴. In allen übrigen Fällen besteht die Anweisungs- und Zuweisungspflicht gegenüber dem einzelnen Rechtler, weil die GNRe heute als Individualrechte aufgefaßt werden.

Eine Verpflichtung der Gemeinde, die zugewiesenen und verteilten Nutzungen in das Anwesen des Berechtigten zu verbringen (Bringschuld), findet sich nur bei Besoldungsbezügen²⁸⁵.

Beschlüsse und Anordnungen der Gemeinde, die die Zuweisung und Zuteilung der Nutzungen betreffen, sind keine Verwaltungsakte; denn sie ergehen nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt, sondern in Erfüllung wirtschaftlicher Verpflichtungen²⁸⁶ und berühren das GNR nur tatsächlich, nicht rechtlich.

c) Inhalt der gemeindlichen Verpflichtung

Der Inhalt der gemeindlichen Verpflichtung bemißt sich nach Titel oder Herkommen. Hinsichtlich des möglichen Inhalts wird auf den zweiten Teil dieser Abhandlung (§§ 17, 18) verwiesen. Im Zweifel sind analog § 243 Abs. 1 BGB Erzeugnisse und Früchte mittlerer Art und Güte zu gewähren. Als Brennholz darf allerdings auch Holz minderer Qualität ausgegeben werden, falls es dem Verwendungszweck genügt²⁸⁷. Im übrigen kann Brennholz analog Art. 7 Abs. 2 FRG auch aus nicht regelmäßigen Nutzungen (sogenannten zufälligen Erzeugnissen) angewiesen werden, wozu auch marktfähiges Dürholz des Sortimentes, auf das Titel oder Herkommen lauten, zu rechnen ist.

Alle Nutzungen sind grundsätzlich in natura zu gewähren. Über Ausnahmen (Verteilung von Gelderlösen) siehe oben § 8, I, 3.

d) Grenzen der gemeindlichen Verpflichtung

Die Gemeinde ist, obwohl die GNRe ihrem Eigenbedarf vorgehen, nicht unbeschränkt leistungspflichtig. Gebührt den Rechtlern der gesamte Ertrag des nutzungsbelasteten Grundstücks, so muß die Gemeinde zwar grundsätzlich die ganze Fläche zur Nutzung zur Verfügung stellen, darf aber nur dasjenige Maß der Nutzung gestatten, das mit der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks vereinbar ist und den Eigenbedarf der Be-

²⁸⁴ Vgl. Illig S. 49, ebenso IME vom 28. 2. 1958 Nr. IB 1-3003-91/1 (nicht veröffentlicht)

²⁸⁵ Vgl. VGH n. F. 15/109

²⁸⁶ Vgl. VGH 33/12

²⁸⁷ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 25. 9. 1959 Nr. 3204/72-II/57

rechtigten nicht übersteigt²⁸⁸. Ist die einem jeden Rechtler zustehende Nutzung hingegen auf ein jährlich gleichbleibendes Maß festgelegt, so muß die Gemeinde eben jenes Maß gewähren, kann aber die Nutzungsbezüge aller Rechtler unter gewissen Voraussetzungen, z.B. wenn nicht genügend Nutzungen anfallen, anteilig kürzen²⁸⁹.

e) Erlöschen der gemeindlichen Verpflichtung

Die Gemeinde wird analog § 275 BGB von ihrer Pflicht, die Nutzungen zu gewähren, insoweit frei, als ihr dies durch Umstände, die sie nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Hierher gehören insbesondere alle Fälle höherer Gewalt (Forstschäden durch Waldbrand, Schädlingssfraß, Windbruch u. a. Naturereignisse, Überschwemmung von Wiesen, Weiden und Äckern oder Dürreperioden usw.).

Die Gemeinde wird ferner insoweit von ihrer Verpflichtung frei, als GNRe durch Ablösung, Aufhebung, Verzicht oder auf andere Weise untergehen. Geht z. B. bei Weiderechten, die der Viehzahl nach gemessen sind, ein Teil der NRe unter, so muß die Gemeinde eine Weide, die sie ursprünglich in ihrer ganzen Ausdehnung der Nutzung bereithalten mußte, künftig nur noch in entsprechend gemindertem Umfang zur Verfügung stellen²⁹⁰.

f) Nebenpflichten der Gemeinde im Zusammenhang mit der Nutzungsgewähr

Die Gemeinde muß nicht nur die Nutzungen gewähren, sondern daneben auch alles unterlassen, was den Nutzungsbezug der Rechtler vereiteln, erschweren oder beeinträchtigen könnte. Wenn die Gemeindehütung z. B. nach Titel oder Herkommen ausschließlich den Rechtlern zur Rinderweide dient, darf die Gemeinde nicht vorher oder gleichzeitig den Auftrieb von Schafen gestatten; denn Schafe fressen alles Gras bis zur Grasnarbe ab und vergällen durch ihren Dung dem Großvieh die Weide. Weiter muß die Gemeinde die Rechtler, soweit es in ihrer Macht steht, vor Beeinträchtigungen durch Dritte schützen, also beispielsweise gegen einen Dritten, der das belastete Grundstück zu Unrecht in Besitz hält, auf Herausgabe klagen. Verstöße gegen derartige Nebenverpflichtungen stehen der im bürgerlichen Recht entwickelten sogenannten positiven Forderungsverletzung gleich.

2. Die Pflicht der Gemeinde, in gewissen Fällen Schadensersatz zu leisten

a) Eintritt und Inhalt einer gemeindlichen Schadensersatzpflicht

Jede Handlung oder Unterlassung der Gemeinde, die zur Folge hat, daß den Rechtlern die ihnen zustehende Nutzung nicht rechtzeitig gewährt, ganz oder teilweise entzogen, geschmälert oder irgendwie beeinträchtigt wird,

²⁸⁸ Vgl. Illig S. 56 sowie unten § 13

²⁸⁹ Siehe unten § 13, I, 3, b

²⁹⁰ Vgl. VGH 55/185 = BayGemVZ 1934/853

verpflichtet die Gemeinde zum Schadensersatz²⁹¹, es sei denn, die Gemeinde wäre infolge besonderer Umstände von ihrer Leistungspflicht ganz oder teilweise befreit oder zur Verweigerung der Nutzungen berechtigt²⁹².

Die Schadensersatzpflicht tritt folglich nur ein, wenn die Gemeinde den schädigenden Umstand zu vertreten hat. Hierfür genügt nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), auch in der Person eines Erfüllungsgehilfen (§ 287 BGB), während eine Absicht der Gemeinde, durch ihr Verhalten die Rechtler in sittenwidriger Weise zu schädigen, nicht unbedingt hinzutreten muß²⁹³.

Beispiele gemeindlichen Handelns, das eine Schadensersatzpflicht auslöst, sind oben in § 8, B, I, 1, d genannt.

Den entstandenen Schaden hat die Gemeinde entsprechend § 249 BGB grundsätzlich in der Weise zu ersetzen, daß sie den Zustand wiederherstellt, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist die ursprüngliche Leistung noch möglich, so ist sie nachträglich zu erbringen und ein etwaiger Verzugsschaden analog § 286 BGB in Geld zu ersetzen. Dieser Fall kann dann eintreten, wenn die Gemeinde z. B. in einem Jahr das den Rechtlern gebührende Brennholz, obwohl es nach den Regeln einer gesunden Forstwirtschaft hätte gewonnen werden dürfen, nicht anwies und die Rechtler dadurch nötigte, anderweitig Brennholz teuer zu kaufen. Hat die Gemeinde hingegen angefallene, den Rechtlern zustehende Nutzungen (z. B. Bauholz, Brennholz, Gras und Heu) für sich verwendet oder anderweitig vergeben, so muß sie zum Ersatz des Schadens für das fragliche Jahr die Nutzungen aus einer anderen, womöglich unbelasteten Grundstücksfläche gewähren, sofern dies nicht den Regeln ordnungsgemäßer Bewirtschaftung zuwiderläuft und die ursprünglich geschuldete Leistung für den Berechtigten noch von Wert ist. Diese Form der Naturalrestitution darf jedoch nur eine vorübergehende Ausnahme darstellen und kann niemals dazu führen, daß sich die GNRe künftig auf jene aus- hilfsweise in Anspruch genommene Fläche erstrecken (vgl. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO). Als zulässig wird es hingegen anzusehen sein, daß die Gemeinde ein rechtswidrig veräußertes Nutzungsgrundstück zurückkauft und den Rechtlern sodann wieder zur Nutzung bereitstellt²⁹⁴ oder daß sie bei Verlegung einer durch den Gemeindewald führenden Hochspannungsleitung an Stelle der neuen, der Nutzung künftig entzogenen Waldschneise die alte Trasse aufforstet und der Nutzung unterwirft (Voraussetzung hierbei ist freilich, daß beide Trassen innerhalb derselben, mit GNRen belasteten Waldabteilung liegen).

Läßt sich der ursprüngliche Zustand nicht mehr herstellen, so muß die Gemeinde analog § 251 BGB Schadenersatz in Geld leisten. Dieser Fall ist z. B. dann gegeben, wenn eine mit GNRen belastete Fläche endgültig aus dem Gemeindevermögen ausgeschieden ist. Handelt es sich um Wald und

²⁹¹ Vgl. VGH 33/245 ff.; ferner Illig S. 55

²⁹² Vgl. oben § 8, B, I, 1, d über die Rechtmäßigkeit gemeindlicher Maßnahmen

²⁹³ So zu Unrecht VGH vom 19. 2. 1962 in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147; mißverständlich Mang (Heigl) S. 278 und BayBgm 1949/95 + 114

²⁹⁴ Eine Neubegründung von GNRen, wie sie Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO verbietet, kann in einem derartigen Fall nicht angenommen werden.

wird dieser vor der Veräußerung abgeholzt, so können die Rechtler, wenn ihre NRe der Menge nach gemessen sind, das anfallende Holz nur insoweit beanspruchen, als es ihnen aus diesem Waldstück in dem betreffenden Jahr zugestanden hätte. Nur bei ungemessenen Rechten können die Rechtler verlangen, daß ihnen das gesamte Holz in Anrechnung auf ihren Schadenersatzanspruch überlassen wird, da die Gemeinde andernfalls ungerechtfertigt bereichert wäre²⁹⁵.

Die Höhe eines in Geld zu leistenden Schadenersatzes bemißt sich, wenn die Nutzung an einem Grundstück auf die Dauer unmöglich geworden ist, nach den in Art. 71 Abs. 2 GO niedergelegten Grundsätzen²⁹⁶, sonst nach den Umständen des Einzelfalles. Hat die Gemeinde ein mit NRen belastetes Grundstück rechtswidrig veräußert, gebührt den Rechtlern demnach nicht etwa der gesamte Kaufpreis, sondern der Betrag, der dem fünfundzwanzigfachen Jahreswert der entgangenen Nutzung entspricht²⁹⁷. Bei vorübergehender, unberechtigter Verpachtung muß die Gemeinde z. B. nicht den Pacht-erlös an die Rechtler abführen, sondern soviel zahlen, als dem Wert der Nutzung während der Zeit der Verhinderung entspricht²⁹⁸.

b) Rechtsnatur und Anspruchsgrundlage der Schadenersatzpflicht

Über die Rechtsnatur einer gemeindlichen Schadenersatzpflicht herrscht Streit. Einige leiten sie als bürgerlich-rechtliche Ersatzpflicht aus §§ 823 Abs. 1 („sonstiges Recht“), 826 BGB ab²⁹⁹. Andere wiederum sprechen von einer öffentlich-rechtlichen Schadenersatzpflicht³⁰⁰ und gewähren den geschädigten Rechtlern einen Entschädigungsanspruch entweder aus enteignungs-gleichem Eingriff oder aus Aufopferung³⁰¹ oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und analoger Anwendung von §§ 276, 278, 249 ff. BGB³⁰². Der VGH erwähnt in seiner Entscheidung vom 19. 2. 1962³⁰³ die Möglichkeit eines Anspruchs aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB neben der Möglichkeit eines Anspruchs aus enteignungs-gleichem Eingriff.

Die Ansicht, es erwachse den Rechtlern im Schadensfall ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB, widerspricht der öffentlich-rechtlichen Natur der GNRe. Verletzt die Gemeinde das öffentliche GNR, so muß auch der aus dieser Verletzung herrührende Schadenersatzanspruch öffentlich-rechtlich sein. §§ 823 Abs. 1, 826 BGB könnten gegenüber der Gemeinde bestenfalls analog angewandt werden, doch besteht hierfür kein Bedürfnis, weil die Vorschriften des BGB über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) hauptsächlich für den Fall gegeben sind, daß zwischen den Beteiligten noch keine schuldrechtlichen Beziehungen bestehen. Ist aber ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis wie hier vorhanden, dann erwächst

²⁹⁵ Vgl. „Fundstelle“ 1955 Nr. 399

²⁹⁶ Vgl. ebenfalls „Fundstelle“ 1955 Nr. 399

²⁹⁷ Vgl. Art. 71 Abs. 2 GO; ferner Hölzl-Rollwagen, Anm. 4 zu Art. 70 GO

²⁹⁸ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 5. 10. 1957 Nr. 2222 ff.—II/55

²⁹⁹ Vgl. BayBgm 1949/95 und 1949/114 (Aufsatz von Schiedermaier)

³⁰⁰ Vgl. VGH 33/254 und BayBgm 1951/93 (Aufsatz von Frischmann)

³⁰¹ Vgl. „Fundstelle“ 1955 Nr. 399

³⁰² Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 16. 6. 1959 Nr. 2937 ff.—II/57 und Illig in BayGemVZ 1937/798

³⁰³ Veröffentlicht in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147

der Schadensersatzanspruch unmittelbar aus der Verletzung der bestehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen in entsprechender Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung, vgl. z. B. § 280, § 286 BGB).

Daneben oder statt dessen die Entschädigungspflicht aus dem Vorliegen eines enteignungsgleichen Eingriffs oder aus Aufopferung herzuleiten, erscheint bedenklich, denn Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Aufopferung setzen voraus, daß vermögenswerte Rechte durch hoheitliche Maßnahmen beseitigt oder eingeschränkt werden³⁰⁴. Ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Gemeinde liegt aber nach dem oben Gesagten (vgl. oben § 8, B, I, 1, c und II, 1, b) nicht auf dem hoheitlichen Sektor der Über- und Unterordnung, sondern auf der Ebene wirtschaftlicher Gleichordnung; die GNRe werden wohl tatsächlich, nicht aber rechtlich betroffen. Hinzu kommt, daß die Handlung oder Unterlassung, die die Gemeinde schadenersatzpflichtig macht, rechtswidrig und schuldhaft sein muß, während der Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs ursprünglich nur für rechtswidrig-schuldlose Eingriffe entwickelt worden war und Bedenken gegen die Ausdehnung dieses Begriffs auf rechtswidrig-schuldhaftige Handlungen bestehen³⁰⁵. Der in § 75 EinlALR niedergelegte Aufopferungsanspruch schließlich beschränkt sich heute praktisch auf Körperschäden³⁰⁶. — Eine Entschädigungspflicht aus enteignungsgleichem Eingriff könnte höchstens dann in Frage kommen, wenn nicht die Gemeinde, sondern ein anderer Hoheitsträger — der zu den Rechtlern in keiner schuldrechtlichen Beziehung steht — GNRe durch hoheitlichen Eingriff außerhalb des förmlichen Aufhebungsverfahrens nach Art. 71 GO ganz oder teilweise beseitigt³⁰⁷.

c) Zuständigkeit zur Entscheidung über den Schadensersatzanspruch

Zur Entscheidung über einen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch sind nach § 40 Abs. 1 VwGO grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig, doch bestimmt § 40 Abs. 2 VwGO ausdrücklich, daß für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten der Zivilrechtsweg gegeben ist³⁰⁸. Zwar meint diese Bestimmung in erster Linie Ansprüche aus Amtspflichtverletzung³⁰⁹, doch reicht ihr Wortlaut weiter und erfaßt auch die Verletzung von Pflichten, die aus einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis entspringen³¹⁰. In Anbetracht dessen, daß bei förmlicher Aufhebung von GNRen nach Art. 71 Abs. 3 GO die Zivilgerichte über die Höhe

³⁰⁴ Vgl. Maunz, § 19, IV, 1

³⁰⁵ Vgl. Maunz, § 19, IV, 1

³⁰⁶ Vgl. Maunz, § 19, IV, 2

³⁰⁷ Siehe unten § 16, IV über Enteignung durch andere Hoheitsträger. Entschädigungspflicht aus enteignungsgleichem Eingriff kann z. B. dann eintreten, wenn der Staat oder ein öffentliches Energieversorgungsunternehmen nutzungsbelastetes Gelände durch Hoheitsakt in Anspruch nimmt und damit die Weiterausübung der NRe unmöglich macht, ohne die NRe zuvor in einem rechtmäßigen Enteignungsverfahren beseitigt zu haben.

³⁰⁸ Dasselbe ergibt sich nach Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG, § 40 Abs. 2 VwGO, wenn man den Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder aus Aufopferung herleitet, vgl. NJW 1954/525, BGHZ 9/250 und VGH vom 19. 2. 1962 in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147

³⁰⁹ Vgl. Eyermann-Fröhler, Anm. 79 zu § 40 VwGO, und Koehler, Anm. I, 5 zu § 40 VwGO

³¹⁰ In diesem Sinne wohl, wenn auch etwas unklar, Schunck-De Clerck, Anm. 4, b, mm zu § 40 VwGO, und Koehler, Anm. XII, 8 zu § 40 VwGO

der Entschädigung entscheiden, erscheint es im übrigen sinnvoll, daß dieselbe Regelung auch dann gilt, wenn GNRe ohne förmliches Verfahren durch die Gemeinde geschmälert oder gegenstandslos gemacht werden. In Anlehnung an Art. 71 Abs. 3 GO wird man jedoch § 40 Abs. 2 VwGO dahin verstehen können, daß die Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten der Gemeinde zum Schadensersatz verpflichtet, den Verwaltungsgerichten vorbehalten bleibt und die Zivilgerichte nur über die Höhe des Ersatzanspruchs zu befinden haben³¹¹.

C. Die Regelung der Ausübung der Gemeindenutzungsrechte im Rahmen des zwischen Gemeinde und Rechtlern bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses

I. Regelung der Ausübung der GNRe durch Titel oder Herkommen

Wie die Ausübung der GNRe im einzelnen vor sich geht, bemißt sich in erster Linie nach etwaigen Rechtstiteln³¹² oder rechtsbegründetem Herkommen. Die mannigfachen, von Ort zu Ort verschiedenen Bräuche aufzuzählen, ist nicht möglich.

Bei Waldnutzung enthalten Titel oder Herkommen z. B. nähere Bestimmungen darüber, wie das Holz angewiesen und verteilt wird³¹³, bis wann es abgefahren werden muß, in welcher Weise die Rechtler sich an den Waldarbeiten beteiligen müssen, welches Verfahren bei Bauholzzuteilung einzuhalten ist, nach welchem Plan (vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 FRG) Waldstreue gewonnen und verteilt wird usw.

Wird Weide genutzt, so bestimmen Titel oder Herkommen unter anderem die Art des Viehauftriebs, die Weidezeiten, etwaige Wechsel der zu beweidenden Fläche und die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Hirten.

Ist eine Wiese mit GNRen belastet, so regeln Titel oder Herkommen vor allem Zeitpunkt und Vornahme des Grasschnitts sowie die Verteilung von Gras und Heu auf die einzelnen Rechtler. Erstreckt sich die Nutzung auf Acker- oder Gemüseland, so werden oftmals entsprechend der Zahl der Rechtler einzelne Parzellen (sogenannte Gemeindeteile) gebildet und je nach Titel oder Herkommen in einem bestimmten Turnus an die Berechtigten verlost oder auf andere Weise verteilt³¹⁴. Es kann auch vorkommen, daß Äcker und Wiesen abwechselnd jeweils nur einem Rechtler zugewiesen werden.

³¹¹ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 16. 6. 1959 Nr. 2937 ff.—II/57, ferner Urteil vom 5. 10. 1957 Nr. 2222 ff.—II/55

³¹² Z. B. alte Dorf- und Gemeindeordnungen, vgl. die Aufstellung möglicher Titel unter § 3, II, 2

³¹³ VGH n. F. 9/106 und Bog S. 70 erwähnen z. B. Holzverlosungen. In Franken wird die zur Holzgewinnung vorgesehene Waldabteilung mancherorts in so viele Teile (sogenannte Gerte) zerlegt, als Rechtler vorhanden sind, und dann verlost. Die Rechtler dürfen dann in ihrem Teil das Unterholz (Gertholz) aufarbeiten, weshalb solche NRe auch Gertrechte oder Gerten heißen. VGH n. F. 15/112 handelt von solchen Gertrechten.

³¹⁴ Vgl. VGH 12/484, 487; 14/265; ferner VGH in „Fundstelle“ 1962 Nr. 147. Keine Ausübung von GNRen liegt nach VGH n. F. 13/117 aber vor, wenn weniger Teile gebildet werden, als Rechtler vorhanden sind, und auch Nichtrechtler an der Verlosung teilnehmen dürfen.

II. Regelung der Ausübung der GNRe durch Vereinbarungen

In Ergänzung oder Abänderung³¹⁵ von Titel oder Herkommen können Gemeinde und Rechtler im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses auch Vereinbarungen über die Art und Weise der Ausübung der GNRe treffen, sofern die bestehenden NRe nicht erweitert werden. Vereinbarungen, welche die Ausübung der NRe zum Nachteil der Rechtler anders regeln, als Titel oder Herkommen vorsehen, können dabei auf seiten der Rechtler nur einstimmig beschlossen werden. Solche Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Verträge. Sie können z. B. als Waldordnung, Schafordnung usw. bezeichnet werden³¹⁶.

III. Regelung der Ausübung der GNRe durch Gemeindegatzung

Sehr fraglich ist, ob die Gemeinde einseitig ohne Mitwirkung der Rechtler z. B. durch eine Satzung Ausübungsregelungen treffen kann.

Vor Bildung der politischen Gemeinden entschied die Gesamtheit der vollberechtigten Dorfgenossen, welche vielfach die Dorfgemeinde schlechthin ausmachte, mit Genehmigung der zuständigen Herrschaft in vielen Dörfern über den Umfang der Allmendenutzung und die Art und Weise der Ausübung der Nutzungsbefugnisse und stellte eine entsprechende Wald-, Holz- oder Weideordnung als eine Art autonome Satzung auf³¹⁷. Heute hingegen stehen sich Rechtler und Gemeinde mit oft entgegengesetzten Interessen gegenüber; die GNRe liegen in ihrem Umfang fest und können durch Rechtssetzungsakte der Gemeinde weder erweitert (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO) noch eingeschränkt (vgl. Art. 70 und 71 GO, die Ablösung und Aufhebung von GNRe abschließend regeln) werden. Satzungen, durch die die Gemeinde nach Art. 23, 24 Abs. 1 Ziff. 1 GO die Benützung ihres Eigentums regeln würde, wären insoweit unwirksam. Hingegen wird man der Gemeinde das Recht zugestehen können, in den seltenen Fällen, in denen Titel oder Herkommen die Art und Weise der Ausübung der GNRe nicht lückenlos regeln³¹⁸, auf Grund ihres Rechts, die mit GNRe belasteten Grundstücke zu verwalten, durch eine Satzung nach Art. 23, 24 Abs. 1 Ziff. 1 GO die Art und Weise der Ausübung der GNRe verbindlich festzulegen; denn die Nutzung gemeindlicher Grundstücke schließt gleichzeitig eine Benützung gemeindlichen Eigentums im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 GO in sich. Der Erlaß einer solchen Satzung hat zur Folge, daß die Ausübung der GNRe insoweit ausnahmsweise hoheitlich im Verhältnis von Über- und Unterordnung geregelt wird. In Verbindung mit einer derartigen Satzung oder unabhängig davon bleibt es der Gemeinde unbenommen, die bestehenden und von allen Beteiligten als unbestritten angesehenen Nutzungsverhältnisse deklaratorisch in einer Wald- oder Weideordnung

³¹⁵ Vgl. Illig S. 73

³¹⁶ Bei Almwaiderechten kann das Landratsamt nach Art. 4 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz der Almen und die Förderung der Almwirtschaft vom 28. 4. 1932 (BayBS IV S. 359) z. B. verlangen, daß die Gemeinde zusammen mit den Rechtlern eine Verwaltungs- und Nutzungsordnung aufstellt.

³¹⁷ Vgl. Zimmermann in BayBgm 1950/148

³¹⁸ Wechsel der Ausübungsart kann z. B. Bildung von Herkommen hindern.

aufzuzeichnen, doch kommt einer solchen Kodifikation kein normativer Charakter zu³¹⁹.

In neuerer Zeit haben es Gemeinden gelegentlich unternommen, von sich aus eine die GNRe betreffende Wald- oder Weideordnung zu erlassen und darin teilweise neues Recht zu setzen, teilweise bestehendes Recht beschreibend wiederzugeben, doch wurde der enge Rahmen gemeindlicher Rechtsetzungsbefugnis auf dem Gebiete der Gemeindenutzungen dabei vielfach nicht eingehalten³²⁰.

Sofern Rechtler ohne Zutun der Gemeinde selbst eine die Nutzung betreffende Ordnung aufstellen, kann diese höchstens als bürgerlich-rechtliche Vereinbarung Verpflichtungen der Rechtler untereinander begründen, aber nie die Gemeinde verpflichten.

§ 9 Gemeindenutzungsrechte sind Sonderrechte einzelner, nicht eines Personenverbandes, kommen aber nur in der Mehrzahl vor

I. Die GNRe als Sonderrechte eines geschlossenen Kreises von Rechtlern

1. Die geschichtliche Entwicklung

Ursprünglich waren grundsätzlich alle, die im Bereich eines Dorfes einen Bauernhof bewirtschafteten, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Ansiedlung berechtigt, an der Nutzung der gemeinschaftlichen Allmende teilzunehmen³²¹. Ausgenommen von der Nutzung waren die Hausgenossen ohne eigenen Grundbesitz und Tagelöhner, die nichts als ein Haus besaßen (sogenannte Leer- oder Trophäuser, deren Besitz nicht über die Dachtraufe hinausreichte). Kleingütler (Köbler, Seldner, Söldner, Halbgütler) hatten in einigen Orten geringeren Anteil an der Nutzung als die übrigen Bauern, in anderen waren sie nicht nutzungsberechtigt.

Infolge rascher Zunahme der Bevölkerung reichte mancherorts schon im 11. und 12. Jahrhundert, in den meisten Gemeinden aber etwa von der Mitte des 15. Jahrhunderts an die Allmende nicht mehr für die unbeschränkte Nutzung durch alle Hofbesitzer aus. Die alteingesessenen Bauern gingen deshalb dazu über, das Maß der Nutzung zu beschränken und denen, die ein neues Anwesen errichteten, die Teilnahme an der Allmendenutzung zu verweigern. So bildete sich sehr bald in fast allen Dörfern ein geschlossener Kreis nutzungsberechtigter, alteingesessener Hofbesitzer, denen die nichtberechtigten Gemeindebürger gegenüberstanden³²². Die GNRe sind somit heute grundsätzlich Sonderrechte einzelner (vgl. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 in Verbin-

³¹⁹ Illig (S. 54) hält nur den Weg einer Kodifikation, nicht den einer Satzung für zulässig, gesteht aber der Gemeinde grundsätzlich das Recht zu (S. 51), die Art und Weise der Verteilung der Nutzungen zu bestimmen, wenn Titel oder Herkommen hierüber nichts Genaues aussagen.

³²⁰ Ein gutes Beispiel stellt die am 8. 6. 1920 aufgestellte Schafordnung der Gemeinde Untermaßing im Landkreis Hilpoltstein dar, die bei Kiefersauer S. 32–33 abgedruckt ist. Zu weitgehend ist demgegenüber die Satzung der Stadt Windsheim im Landkreis Offenheim betreffend die „Neufassung des Windsheimer Bürgerholzrechts“ (Akten der Regierung von Mittelfranken Nr. II/1 d-4066–97) aus dem Jahre 1932, die z. B. bestimmt, daß eine juristische Person nicht Rechtler sein kann und daß nicht mehr als zwei Rechte in einer Hand vereinigt sein dürfen.

³²¹ Vgl. Hirschmann S. 16

³²² Vgl. VGH 51/153, Illig S. 8 und Schmelz S. 29

dung mit Art. 15 Abs. 1 GO), nicht aller Gemeindebürger. Nur in wenigen kleinen Orten, die z. B. nur aus 5–6 Höfen bestehen, hat sich bis heute der Zustand erhalten, daß jeder Hofbesitzer nutzungsberechtigt ist³²³.

Die Wandlung der Nutzungsbefugnis zu einem Sonderrecht einzelner Hofbesitzer schließt nicht aus, daß der Kreis der ursprünglich Berechtigten im Laufe der Zeit gelegentlich erweitert wurde, indem z. B. die Rechtler die Zulassung weiterer Hofbesitzer beschlossen³²⁴ oder der Landes- oder Grundherr sie anordnete. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts, als die neue Gemeindegesetzgebung unter dem Einfluß der von der Französischen Revolution verfochtenen Gleichheitsidee alle Gemeindeeinwohner mit Grundbesitz oder Gewerbe grundsätzlich als gleichberechtigt ansah (vgl. § 27 GE 1808, §§ 11, 18 GE 1818/34), war der Drang, den Kreis der Allmendennutzungsberechtigten zu erweitern, besonders stark. Manche ursprünglich nichtberechtigten Anwesensbesitzer erlangten in jener Zeit ein GNR. Das praktisch seit 1818 bestehende Verbot, GNRe neu zu begründen (vgl. heute Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO), bewirkte jedoch, daß die GNRe trotz aller Erweiterungen des Kreises der Berechtigten Sonderrechte einzelner blieben.

2. Die Fähigkeit, Rechtler zu sein

Die Fähigkeit, Rechtler zu sein, ist heute grundsätzlich nur davon abhängig, daß der Betreffende ein Anwesen in der Dorfgemarkung besitzt, mit dem ein GNR verbunden ist, oder durch irgendeine besondere persönliche Bindung zur Dorfgemeinschaft ausgezeichnet ist; daß er Landwirt sein müßte, wird nicht gefordert³²⁵. In älterer Zeit galt es freilich noch als selbstverständlich, daß nur Bauern berechtigt sein konnten, die Allmende zu nutzen. Als jedoch mit Anbruch der Neuzeit viele Bauern die Landwirtschaft aufgaben, die Felder verkauften oder verpachteten und zu anderen Berufen überwechselten, bildete sich in fast allen Gemeinden ein Herkommen des Inhalts, daß die Ausübung der Landwirtschaft nicht mehr Voraussetzung dafür war, daß jemand als Eigentümer eines berechtigten Anwesens dem geschlossenen Kreis der Gemeindenutzungsberechtigten angehören konnte³²⁶.

Weiter setzt die Ausübung eines GNRes nicht voraus, daß der Berechtigte im Ort wohnt, sofern er nur Eigentümer eines berechtigten Anwesens ist. Wenn demgegenüber in der Literatur zuweilen gesagt wird, begrifflich könne ein Angehöriger einer auswärtigen Gemeinde nicht Rechtler sein, so bezieht sich das darauf, daß nach §§ 3, 4 GE 1808, § 11 GE 1818/34 jeder Eigentümer eines Anwesens in der Gemarkung, auch wenn er anderswo lebte, als Gemeindeangehöriger galt und nicht unter den Begriff „Angehöriger einer auswärtigen Gemeinde“ fiel³²⁷.

³²³ Der Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO steht dem nicht entgegen; vgl. Illig S. 20
³²⁴ Vgl. VGH 15/193

³²⁵ Vgl. oben § 4, III, 3 und IV, 1

³²⁶ Vgl. VGH 22/107 (Fabrikbesitzer als Rechtler), 27/46 (Gewerbetreibende), 33/248 (Bauholzrecht eines Müllers) und 37/147 (jeder Hausbesitzer ohne Unterschied des Berufs); vgl. ferner Illig S. 18–19, BlAdmPrax 39/17, Georg Schmidt S. 46 und 58, Bog S. 65 sowie Hirschmann S. 20

³²⁷ Vgl. Meisner S. 430

Soweit nicht rechtsbegründetes Herkommen entgegensteht, kann sogar eine juristische Person zum Kreis der Rechtler gehören, wenn sie das Eigentum an einer berechtigten Haus- und Hofstätte erlangt hat und das Wohnhaus bewohnt bleibt³²⁸.

Ob allerdings die Gemeinde selbst Rechtler werden kann, erscheint angesichts des Grundsatzes „*nemini res sua servit*“ zweifelhaft; denn beim Erwerb eines berechtigten Anwesens durch die Gemeinde fallen Recht und Verpflichtung in einer Person zusammen³²⁹. Jedenfalls wird man in einem solchen Fall das GNR zugunsten der Gemeinde insoweit als fortbestehend ansehen müssen, als die auf das NR entfallenden Nutzungen nicht den übrigen Rechtlern zuwachsen, sondern der Gemeinde gebühren, die auch das Stimmrecht aus dem NR auszuüben berechtigt ist. Dies ergibt sich aus dem noch heute sinngemäß anzuwendenden Art. 38 Satz 3 GO 1927, wonach NRe, die durch Einzelvertrag mit der Gemeinde aufgegeben wurden, zugunsten der Gemeinde als fortbestehend gelten, aber nicht mehr übertragen werden dürfen. In Anbetracht der engen Verknüpfung der radizierten GNRe mit dem Grund und Boden der Haus- und Hofstätte wird man darüber hinaus aber auch annehmen dürfen, daß das GNR, wenn die Gemeinde ein von ihr erworbenes berechtigtes Anwesen später wieder veräußert, in vollem Umfang fortbesteht, sofern sich das NR auf einen besonderen Rechtstitel gründet oder als herkömmliches NR für die Dauer des gemeindlichen Eigentums am Anwesen, z. B. von einem Pächter, ununterbrochen ausgeübt wurde. Behielt die Gemeinde hingegen bei einem auf Herkommen gestützten NR, das mit einem von ihr erworbenen Anwesen verbunden war, die Nutzungen für jenes NR während der Zeit ihres Eigentums einfach ein, so wird man eine Unterbrechung in der Ausübung des NRes annehmen müssen. Der Fortbestand des GNRes, das auf einem vorübergehend in Gemeindeeigentum geratenen Anwesen ruht, kann nämlich nicht mit der Neuübertragung eines durch Vertrag abgelösten GNRes gleichgesetzt werden – die unzulässig wäre –, weil das GNR hier immer auf ein und derselben Hofstätte ruhen bleibt und z. B. von einem Pächter weiter ausgeübt wird, während die Neuvergabe eines abgelösten NRes kaum ohne Unterbrechung in der Ausübung erfolgen würde und einen Wechsel der berechtigten Hofstätte mit sich brächte. Aus demselben Grund kann in dem Fortbestand eines GNRes, wenn die Haus- und Hofstätte zeitweise in Gemeindeeigentum gelangt, auch keine nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO verbotene Neubegründung eines GNRes erblickt werden.

II. Die GNRe als Individualrechte

Der Umstand, daß die Allmende vor Bildung der politischen Gemeinde in aller Regel als genossenschaftliches Gesamthandseigentum der Nutzungsberechtigten angesehen wurde und die Nutzung stets im Rahmen der Gemeinschaft aller Rechtler erfolgte³³⁰, darf nicht dazu verführen, die Nutzungs-

328 Ähnlich Illig S. 93 und 95

329 Mang (Heigl) S. 275 nimmt Untergang des GNRes an, während Illig S. 93 in Analogie zu § 889 BGB das GNR fortbestehen läßt.

330 Vgl. oben § 1, II, 2; ferner VGH 48/92 und Kahr, Vorbem. 1 vor Art. 26 ff. GO 1869

berechtigung an der Allmende als ein einheitliches Nutzungsrecht, das der Gemeinschaft aller Rechtler zur gesamten Hand zusteht, zu betrachten oder einen Fall der Gesamtläufigerschaft im Sinne von §§ 428, 430 BGB anzunehmen. Die GNRe kommen zwar ihrem Wesen nach immer nur in der Mehrzahl vor, sind aber, seit sie mit dem Übergang des Allmendeeigentums auf die politischen Gemeinden oder die bis 1935 als selbständige Körperschaften bestehenden Ortschaften zu Rechten an fremder Sache wurden, ausnahmslos Individualrechte, die einzelnen (vgl. Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO), nicht jedoch einem Personenverband zustehen³³¹. Dies gilt auch dann, wenn es sich um Weidenutzung handelt und die Weide herkömmlich gemeinschaftlich unter einem gemeinsamen Hirten ausgeübt wird oder wenn es sich um ungemessene Berechtigungen handelt, bei denen aller Ertrag der Nutzungsfläche den Rechtlern zukommt. Ein Überrest einstiger Gesamthandsberechtigung hat sich nur insoweit noch erhalten, als in manchen Orten den Rechtlern gemeinschaftlich das Recht zusteht, von der Gemeinde die Überlassung des Hirtenhauses als Wohnung für den gemeinsamen Hirten der Rechtler zu verlangen. Diese bei Weiderechten vorkommende Nebenpflicht der Gemeinde besteht sowohl gegenüber der Gesamtheit der Rechtler als auch gegenüber jedem einzelnen Rechtler; jeder kann die Gemeinde auf Überlassung des Hauses an den Rechtlerhirten verklagen. Eine Verfügung über dieses Recht (z. B. Verzicht) kann jedoch nur gemeinschaftlich erfolgen (vgl. § 747 Satz 2 BGB).

Aus der Natur der GNRe als Individualrechte folgt, daß der einzelne Rechtler von den Beziehungen der Gemeinde zu den übrigen Rechtlern jedenfalls nicht rechtlich berührt wird; er wird davon höchstens tatsächlich insoweit betroffen, als sein Nutzungsbezug – sofern er nicht nach Umfang und Menge jährlich genau festliegt – davon beeinflußt wird, wieviel andere GNRe die Gemeinde aus dem Gesamtertrag der Nutzungsfläche zu befriedigen hat; denn er erhält je nachdem mehr oder weniger. Der einzelne Rechtler hat somit auch kein subjektiv-öffentliches Recht darauf, daß die Gemeinde z. B. andere GNRe nur unter gewissen Voraussetzungen oder überhaupt nicht anerkenne, sondern er kann nur, wenn er sich benachteiligt fühlt, auf das ihm zustehende Maß an Nutzung Klage erheben. Das Urteil, das im Prozeß eines Rechtlers mit der Gemeinde ergeht, erwächst gegenüber den anderen Rechtlern nicht in Rechtskraft; Umfang und Bestand des GNRes sind vielmehr bei jedem Rechtler gesondert zu prüfen³³². Zuweisung der Nutzungen an die Rechtlergesamtheit befreit die Gemeinde im allgemeinen nicht von ihrer Leistungspflicht; sie muß jedem einzelnen persönlich seinen Anteil anweisen³³³. Bekommt ein Rechtler zuwenig, muß er sich an die Gemeinde und nicht an seine Mitrechtler wenden. Über das GNR verfügen kann nur der einzelne Rechtler selbst,

³³¹ Vgl. VGH 23/94, 51/150–151, 62/36, VGH n. F. 15/108; ferner Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 68 GO. Unrichtig ist jedoch die in VGH n. F. 1/64–67 gebrauchte Wendung, das gleiche Recht stehe real und ungeteilt mehreren zu, womit der VGH die Anwendung von §§ 742 ff. BGB begründen will

³³² Vgl. VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307

³³³ Vgl. oben § 8, B, II, 1, b

Abmachungen und Verzichtserklärungen der übrigen Rechtler berühren sein GNR – von der Ablösung mit Zustimmung der Rechtlermehrheit nach Art. 70 GO abgesehen – nicht³³⁴.

III. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft

Auch wenn klargestellt ist, daß nicht die Rechtlergesamtheit, sondern die einzelnen Berechtigten Träger der Nutzungsberechtigung sind, bleibt zu berücksichtigen, daß die GNRe trotz ihrer Ausgestaltung als Individualrechte nur in der Mehrzahl vorkommen und sich immer auf denselben Gegenstand erstrecken. Der einzelne Rechtler steht somit, wenn auch nicht in rechtlicher, so doch in tatsächlicher Hinsicht der Gemeinde grundsätzlich nicht allein, sondern im Verband mit anderen gegenüber³³⁵ – es sei denn, ein Rechtler hätte durch Rechtsgeschäft³³⁶ alle GNRe in seiner Person vereinigt. Welche Rechtsnatur der Gesamtheit der Rechtler eines Dorfes zukommt, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

1. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft vor Bildung der politischen Gemeinde

Obwohl die Rechtler schon zu Beginn der Neuzeit einen geschlossenen Kreis bevorzogter Dorfgenossen darstellten, befanden sich die Eigentümer nichtberechtigter Anwesen in den meisten Dörfern in einer verschwindend geringen Minderheit. Die Rechtler fühlten sich dort als die engere und eigentliche Dorfgemein³³⁷, verwalteten und bewirtschafteten die Allmende in der Regel als ihr genossenschaftliches Gesamthandseigentum und regelten die meisten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (z. B. Wegebau) unter Aufsicht der jeweiligen Herrschaft selbstständig, wobei sie auch die Belange der Nichtrechtler wahrnahmen. Diese vor 1808 häufig anzutreffende Identität zwischen Dorfgemein und Rechtlern zeigte sich am reinsten in kleinen Orten, wo jedes Anwesen nutzungsberechtigt war.

Daneben gab es allerdings vereinzelt auch Orte, insbesondere größere Dörfer und kleine Akerbürgerstädte, wo den Rechtlern schon frühzeitig eine erhebliche Zahl nichtberechtigter Bürger gegenübertrat. Dort hatten die Nichtrechtler unter dem Einfluß des Vordringens der Staatsallmacht nach dem Dreißigjährigen Krieg³³⁸ wenigstens in den örtlichen Angelegenheiten, die nicht die Verwaltung und Nutzung der Allmende betrafen, zunehmend Anteil an der Gemeindeverwaltung erhalten. Auf diese Weise waren in solchen Orten zwei Gemeinschaften entstanden: auf der einen Seite der Personenverband der Dorf- oder Stadtgemeinschaft mit zunehmend öffentlich-rechtlichen Zügen – aus dem dann die politische Gemeinde (Personalgemeinde) hervorging –, auf der anderen Seite der auf gemeinschaftliche

³³⁴ Vgl. VGH 23/94

³³⁵ Vgl. Illig S. 130

³³⁶ Ankauf aller berechtigten Anwesen oder käufliche Übertragung aller GNRe auf ein einziges Anwesen, vgl. § 15, I, 1

³³⁷ Vgl. VGH 13/26 (Fußnote) und Hirschmann S. 33

³³⁸ Vgl. Bog S. 71–73

Allmendenutzung gerichtete Rechtlerverband als eine Art Realgemeinde³³⁹. Eigene Rechtspersönlichkeit besaßen derartige Realgemeinden allerdings nirgends³⁴⁰.

2. Die Rechtsnatur der Rechtlergemeinschaft nach Bildung der politischen Gemeinde

Mit Bildung der politischen Gemeinde zu Beginn des 19. Jahrhunderts zerfiel die mancherorts bestehende Einheit zwischen Dorfgemein und Rechtlern. Die neue Gemeindegesetzgebung (GE 1808, GE 1818/34) sah auch keine Realgemeinde der Rechtler vor, die Eigentum an der Allmende gehabt hätte³⁴¹ oder Trägerin der Nutzungsberechtigung gewesen wäre, sondern Eigentum und Verwaltung der Allmende gingen überall auf die neuen Gebietskörperschaften (Gemeinde, Ortschaft) über³⁴². Die Rechtler, die zwar oftmals bis in die Gegenwart hinein die Verwaltung und Bewirtschaftung der Allmende im Widerspruch zu den jeweiligen Gemeindegesetzen in der Hand behielten, stellen nach heutigem Recht keinen selbständigen Personenband innerhalb der Gemeinde dar. Auch wenn die Gesamtheit der Nutzungsberechtigten durch inhaltlich gleiche Rechte und gleiche Interessen verbunden ist, trägt sie nicht den Charakter einer Realgemeinde im Sinne von Art. 164 EGBGB³⁴³, sondern die einzelnen Rechtler stehen der Gemeinde — wie bereits oben dargelegt wurde — grundsätzlich als Einzelpersonen gegenüber. Einen Rechtlervorstand oder Rechtlerausschuß, der berechtigt wäre, die Rechtler nach außen zu vertreten und ihre Ansprüche geltend zu machen, kennt das Gesetz nicht. Auch wenn herkömmlich in einem Ort solche Rechtlervertretungen bestehen, kommt ihnen jedenfalls nicht die Eigenschaft gesetzlich anerkannter Organe des öffentlichen Rechtes zu³⁴⁴.

Das Fehlen eines gesetzlich anerkannten, öffentlich-rechtlichen Rechtlerverbandes mit eigenen Organen schließt jedoch nicht aus, daß die Nutzungsberechtigten sich in den Formen des Privatrechts zu freiwilligen Vereinigungen zusammenschließen und einzelne von ihnen nach §§ 164 ff. BGB zu ihrer Vertretung bevollmächtigen³⁴⁵, um auf diese Weise die gemeinsamen Interessen besser zu wahren. Rechtler, die Gemeinderatsmitglieder sind, dürfen jedoch nicht zu Rechtlervertretern gewählt werden, weil Art. 50 GO ihnen verbietet, Ansprüche Dritter gegen die Gemeinde geltend zu machen. In solchen durch ausdrückliche Erklärungen oder schlüssiges Verhalten³⁴⁶ aller Beteiligten ins Leben gerufenen Vereinigungen des bürgerlichen Rechts leben noch manche Züge der alten deutschrechtlichen Rechtlergenossenschaften fort³⁴⁷. Die Organe derartiger Vereinigungen sind im allgemeinen berechtigt, mit Wirkung für ihre Mitglieder die Nutzungen in Empfang zu nehmen und auf diese zu verteilen³⁴⁸. Ob der einzelne Rechtler einer solchen

339 Vgl. Schrötter S. 48–49 und Bog S. 63

340 So Kahr, Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869, Mang (Heigl) S. 267 sowie Stadler S. 4

341 Ausnahmen siehe oben § 1, IV, 2

342 Siehe oben § 1, IV, 1; vgl. auch VGH 37/141 und 51/150–151

343 So VGH n. F. 10/17; Kahr, Anm. 1 zu Art. 37 GO 1869; Hölzl-Rollwagen, Anm. 2 a zu Art. 70 GO; Illig S. 21, 64 und 65; a. M. Koßmann S. 12, 43 und 69

344 So VGH 51/150

345 Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 68 GO

346 In langjährigem Herkommen kann schlüssiges Verhalten liegen

347 So VGH 51/151

348 Vgl. „Fundstelle“ 1958 Nr. 230

Vereinigung beitreten oder aus ihr wieder austreten will, steht ihm frei; die Mitrechtler können ihn nicht zum Beitritt zwingen oder am Austritt hindern.

Häufig geschieht die gemeinsame Interessenwahrung in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB³⁴⁹, wobei der Beitrag des einzelnen in Arbeitsleistungen und in der Beteiligung an den Ausgaben der gemeinsamen Geschäftsführung bestehen kann. Das GNR des einzelnen Gesellschafters wird hingegen nicht Gesamthandsvermögen der Gesellschaft, weil es, wenn es radiziert ist, nur immer mit dem Eigentum an einer bestimmten Haus- und Hofstätte verbunden sein kann, die aber nicht in die Gesellschaft eingebracht wird. Das gemeinsame Vermögen einer solchen Gesellschaft kann außer einer gemeinsamen Kasse in gemeinsamem Handwerkszeug, in Geräten, einem Schaffpferd, einem Schäferkarren, ja sogar einer Rechtlerscheune auf eigenem Grund und Boden bestehen.

Mitunter schließen sich die Rechtler aber auch zu einem eingetragenen (§§ 21 ff. BGB) oder zu einem nicht rechtsfähigen (§ 54 BGB) Verein zusammen³⁵⁰. Diese Art der Vereinigung empfiehlt sich vor allem, wenn die Zahl der Rechtler sehr groß ist³⁵¹.

Denkbar ist schließlich auch der Zusammenschluß zu einer eingetragenen Genossenschaft nach dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG) vom 1. 5. 1889 (RGBl. 55).

IV. Die Auswirkungen des Umstandes, daß GNRe nur in der Mehrzahl vorkommen und sich auf dasselbe Objekt erstrecken

Der Umstand, daß der einzelne mit seinem GNR nie allein steht – eine Erscheinung, die dem bürgerlichen Recht in dieser Form fremd ist –, bewirkt, verbunden mit dem Umstand, daß die GNRe im gleichen Ort sich grundsätzlich auf den gleichen Gegenstand erstrecken, daß das Individualrecht des einzelnen Rechtlers auch dann, wenn die Rechtler keine Vereinigung bürgerlichen Rechts bilden, gewissen Einschränkungen unterworfen bleibt.

1. Die Ausgestaltung der GNRe als Anteilsrechte

Die GNRe sind heute zwar nirgends mehr Miteigentumsanteile, sondern lediglich Nutzungsrechte an fremder Sache, doch sind sie nach wie vor insoweit im Umfang beschränkt, als sie nur Anteilsrechte sind, weil stets mehrere anteilig am selben Objekt nutzungsberechtigt sind. Die alte Dorfgenossenschaft, in der die Allmendenutzungsberechtigten häufig ideelle Miteigentumsanteile zur gesamten Hand besaßen, klingt noch im Wortlaut mancher Kataster- und Grundbucheintragungen an, wo es heißt: „Gemeinde-recht zu einem ganzen (halben usw.) Nutzanteil an den noch unverteilten Gemeindegründen“³⁵². Die Eigenart der GNRe als Anteilsrechte zeigt sich

³⁴⁹ Vgl. VGH 51/151

³⁵⁰ Vgl. Illig S. 68

³⁵¹ BayBgm 1952/3 nennt als Beispiel Oberstdorf im Allgäu

³⁵² Vgl. Zimmermann in BayBgm 1950/148 und VGH 48/92

heute besonders darin, daß die im Auftrag und unter Aufsicht der Gemeinde von den Rechtlern vorgenommene Gewinnung der Nutzungen vor allem bei Waldnutzung nach Titel oder Herkommen vielfach gemeinschaftlich erfolgt. Auch Weiderechte pflegen gemeinschaftlich ausgeübt zu werden. Der einzelne Weideberechtigte kann grundsätzlich nicht verlangen, daß ihm ein Bruchteil des gemeindlichen Weidelandes zur ausschließlichen Beweidung durch sein Vieh überlassen werde, selbst dann nicht, wenn dies zum Schutz eines Tbc-freien Viehbestandes dienen würde³⁵³. Die GNRe bestehen nämlich nie an natürlichen Teilen des belasteten Grundstücks, sondern stellen ideelle Anteile an dessen Erträgen dar. Daß die GNRe auch als Anteilsrechte immer Individualrechte bleiben, geht aber daraus hervor, daß die Gemeinde auch bei gemeinschaftlicher Nutzung grundsätzlich verpflichtet bleibt, jedem einzelnen seinen Anteil an der gemeinschaftlichen Nutzung anzuweisen, falls nicht eine bürgerlich-rechtliche Rechtlervereinigung die Nutzungen mit Wirkung für ihre Mitglieder in Empfang zu nehmen berechtigt ist.

Die anteilige Natur der GNRe ist ferner daraus ersichtlich, daß in den Fällen, in denen das Maß der jeweiligen Nutzung nicht von vornherein festliegt, jeder Rechtler nur soviel Nutzungen beanspruchen kann, als bei anteiliger Verteilung des aus der belasteten Fläche anfallenden Ertrages auf ihn trifft. Das Maß der Nutzung des einzelnen ist folglich bei solchen der Menge nach ungemessenen Rechten ständigen Schwankungen unterworfen und von der Zahl der übrigen Nutzungsempfänger abhängig³⁵⁴. Reichen bei mengenmäßig feststehenden Anteilen die Erträge nicht für alle aus, müssen die Rechtler den Ausfall anteilig tragen und sich analog § 1024 BGB eine entsprechende Kürzung ihres Anteils bei der Verteilung gefallen lassen. Gleiches gilt, wenn ein Teil der nutzungsbelasteten Grundstücke aus dem Gemeindevermögen ausscheidet³⁵⁵ oder die NRe gemäß Art. 71 GO an einer Teilfläche aufgehoben werden³⁵⁶.

Nach der Größe des Anteils an der Gesamtnutzung richtet sich auch der Beitrag des einzelnen Rechtlers zu den Lasten und Ausgaben, die mit den belasteten Grundstücken verbunden sind, sowie das Maß seiner Beteiligung an gemeinschaftlich zu erbringenden Gegenleistungen (Art. 69 GO). Die Gemeinde kann nicht einen Rechtler allein als Gesamtschuldner auf Zahlung des Gesamtbetrags aller auf die Rechtler entfallenden Lasten und Ausgaben in Anspruch nehmen.

Der Größe nach ist der Nutzanteil eines Rechtlers entweder ein ganzer Anteil (Vollrecht) oder ein halber Anteil, ein Viertel-, Achtelanteil usw. (Bruchteilsrecht). Von zehn Rechtlern können z. B. acht ein volles Anteilsrecht und nur zwei je ein halbes Anteilsrecht haben. Hiernach richtet sich auch das Stimmrecht bei Abstimmungen. Bruchteilsrechte bestehen entweder auf Grund rechtsbegründeten Herkommens³⁵⁷ oder entstehen durch Zerstückelung vorhandener Vollrechte.

353 Anders nur, wenn die Gemeinde und die übrigen Rechtler mit einer Aufteilung der Weide in Einzelweideplätze einverstanden sind.

354 Vgl. VGH vom 20. 1. 1960 Nr. 66 IV 57

355 Schadensersatzansprüche bleiben unberührt, vgl. oben § 8, B, II, 2, a

356 Näheres siehe unten § 13, I, 3, b

357 Vgl. unten § 10, II, 2 (verschiedene Klassen von Rechtlern)

Über die mit dem Wesen der GNRe als Anteilsrechte zusammenhängende Pflicht des einzelnen, die anteilige Mitnutzung der anderen Rechtler nicht zu beeinträchtigen, siehe unten § 12, II, 1³⁵⁸.

2. Unterwerfung unter Mehrheitsbeschlüsse

Da der einzelne mit seinem GNR inmitten einer Mehrzahl von Mitberechtigten steht, deren NRe sich auf denselben Gegenstand erstrecken und auf dem gleichen Rechtsgrund beruhen, ist er zwar nicht im Bestand, wohl aber in der Ausübung seines NRes in gewissem Maße von dem Verhalten der Mitrechtler abhängig.

a) Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen

Bilden die Berechtigten eine Vereinigung bürgerlichen Rechts, so richtet sich ihr Verhältnis untereinander und somit auch die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, welche die Minderheit binden, nach bürgerlichem Recht.

Haben sich die Rechtler jedoch nicht zu einer bürgerlich-rechtlichen Vereinigung zusammengetan, so sind, weil die Rechtlergesamtheit vom öffentlichen Recht nicht als eigenes Gebilde anerkannt wird, die Meinungen darüber geteilt, ob und inwieweit der einzelne sich bei der Ausübung seines NRes den Beschlüssen einer Mehrheit von Mitrechtlern unterwerfen muß. Zum Teil wird der Standpunkt vertreten, daß einem Mehrheitsbeschluß nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Ablösungsverfahren, um dieses zu erleichtern, bindende Kraft zukomme (Art. 70 Satz 1 GO) und daß der Mehrheitsgrundsatz darüber hinaus keine Geltung besitze³⁵⁹. Der VGH³⁶⁰ sprach sich hingegen für analoge Anwendung von §§ 741 ff. BGB aus, weil das gleiche Recht real und ungeteilt mehreren zustehe, und hielt entsprechend § 745 BGB die Verpachtung der Nutzung durch Mehrheitsbeschluß der Rechtler gegen den Willen einer Minderheit für zulässig³⁶¹.

Hierzu ist festzustellen, daß Mehrheitsbeschlüsse jedenfalls insoweit wirkungslos sind, als sie Fragen der Verwaltung und Bewirtschaftung der Nutzungsgrundstücke, also z. B. auch deren Verpachtung betreffen; denn die Verwaltung und Bewirtschaftung obliegt heute³⁶² ausschließlich der Gemeinde kraft ihres Eigentumsrechts. Ihre diesbezüglichen Entscheidungen bedürfen keiner Mitwirkung der Nutzungsberechtigten.

Die Ausgestaltung der GNRe als Individualrechte hat ferner zur Folge, daß Bestand und Inhalt der NRe sich nur nach Titel oder Herkommen (Art. 68 Abs. 2 GO) richten und von Beschlüssen der Mitberechtigten rechtlich unberührt bleiben.

358 Vgl. auch § 743 BGB

359 So Illig S. 64–67

360 So VGH n. F. 1/84

361 Ähnlich Stadler S. 26, 28 und 34 und Meisner S. 438, Fußnote 45, für gemeinsame Weiderechte auf fremdem Boden

362 Vor 1808 entschieden die Rechtler grundsätzlich in allen Nutzungsfragen selbst. Dabei war im Mittelalter Einstimmigkeit erforderlich; später genügten in weniger wichtigen Fragen Mehrheitsbeschlüsse.

Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, welche die überstimmte Minderheit binden, ist daher nur insoweit zu erwägen, als solche Beschlüsse nur die Art und Weise der Ausübung der NRe, insbesondere diesbezügliche Vereinbarungen der Rechtler mit der Gemeinde oder Absprachen über die Verwertung der gezogenen Nutzungen, betreffen³⁶³. Die Befugnis, sein GNR selbst auszuüben, kann keinem Rechtler entzogen werden. Die Mehrheit kann deshalb niemals die Verpachtung der GNRe als solcher beschließen; ihr Beschluß könnte allenfalls dahin lauten, daß die NRe in der Weise auszuüben sind, daß die Nutzungen nicht in natura bezogen werden sollen, sondern daß einer Verpachtung der Nutzungsgrundstücke durch die Gemeinde zugunsten der Rechtler³⁶⁴ zugestimmt werde oder daß angefallene Nutzungen auf gemeinsame Rechnung veräußert werden sollen³⁶⁵.

Gegen die vom VGH³⁶⁶ befürwortete sinngemäße Anwendung von §§ 741 ff. BGB bestehen allerdings in diesem Zusammenhang Bedenken, weil das GNR nicht als reales, ungeteiltes Ganzes allen Rechtlern gemeinschaftlich zur gesamten Hand zusteht. Ein mehreren gemeinschaftlich zustehendes Recht im Sinne von §§ 741 ff. BGB ist also, genaugenommen, nicht vorhanden. Für eine vorsichtige Analogie zu §§ 741 ff. BGB spricht höchstens der Umstand, daß die GNRe aller sich grundsätzlich auf denselben Gegenstand erstrecken, auch wenn sie Individualrechte sind. Im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung der GNRe erscheint eine Heranziehung der Vorschriften des BGB über die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) jedoch entbehrlich. Eine Pflicht des einzelnen, sich bei der Ausübung seines NRes dem Willen der Mehrheit unterzuordnen, hat sich als Überrest aus jener Zeit vor Bildung der politischen Gemeinden, als der einzelne Allmendenutzungsberechtigte noch weitgehend von den Beschlüssen der übrigen Berechtigten abhängig war, in fast allen Landgemeinden herkömmlich bis auf den heutigen Tag erhalten. Eine derartige Beschränkung wohnt deshalb den GNRen im Zweifel von vornherein inne. Im übrigen widerspräche es auch dem in der Geschichte der GNRe so bedeutsamen Gemeinschaftsgedanken, wenn der einzelne durch seinen Eigensinn eine wirtschaftlich vernünftige Regelung der Ausübung der NRe vereiteln oder verhindern könnte. Der einzelne Rechtler wird sich unter Zugrundelegung dieses Gedankens auch in Gemeinden, wo sich ein Herkommen hinsichtlich der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen nicht mit Sicherheit nachweisen läßt, den Beschlüssen der Rechttermehrheit bei Ausübung seines NRes jedenfalls dann beugen müssen, wenn sich die von der Mehrheit angestrebte Regelung ohne seine Mitwirkung nicht verwirklichen ließe. Soll z. B. angefallenes Holz auf gemeinsame Rechnung verkauft werden, kann den Rechtlern, die damit nicht einverstanden sind, ihr Holz in natura belassen werden. Soll hingegen z. B. das gemeindliche Weideland verpachtet werden, müssen alle Rechtler von der Beweidung mit eigenem Vieh Abstand nehmen. Eine Regelung der Ausübung der GNRe durch Mehrheitsbeschluß, die zum Nachteil der Recht-

³⁶³ Über Vereinbarungen mit der Gemeinde siehe oben § 8, C, II

³⁶⁴ So z. B. die Verpachtung der gemeindlichen Schafweide an einen fremden Schäfer

³⁶⁵ Vgl. oben § 8, A, I, 3 (Naturalanspruch)

³⁶⁶ VGH n. F. 1/64

ler von einer durch Titel oder Herkommen festgelegten Ordnung abweichen will, erscheint allerdings nicht möglich, es sei denn, eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse würde sie zwingend erfordern.

b) Rechtliche Beurteilung von Mehrheitsbeschlüssen

Derartige, nur in den oben aufgezeigten Grenzen zulässige Mehrheitsbeschlüsse stellen gegenüber der überstimmten Minderheit keinen Verwaltungsakt dar, weil sie nicht hoheitlich im Verhältnis der Über- und Unterordnung rechtserheblich in die NRe der überstimmten Rechtler eingreifen, sondern nur Ausfluß einer Beschränkung sind, die den GNRe im Zweifel von vornherein innewohnt. Sie sind vielmehr als öffentlich-rechtliche Willenserklärungen anzusehen, die die öffentlich-rechtliche Pflicht eines jeden Rechtlers, sich bei Ausübung seines NRes in die Gemeinschaft der übrigen Nutzungsberechtigten einzufügen, konkretisiert. Ist ein Beschluß der Rechttermehrheit auf Abschluß einer Ausübungsvereinbarung mit der Gemeinde gerichtet, so liegt, wenn die Rechtler dadurch begünstigt werden, hinsichtlich der überstimmten Rechtler ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter (vgl. § 328 BGB) vor.

Wer im Einzelfall einen Mehrheitsbeschluß für rechtswidrig hält, kann vor den Verwaltungsgerichten gegen die Rechttermehrheit auf Feststellung, daß ihr Beschluß ihn nicht binde, oder gegen die Gemeinde auf Gewährung der Nutzungen in der bisherigen Art und Weise klagen.

§ 10 Gemeindenutzungsrechte sind unteilbare Rechte gleichen Inhalts

Da die GNRe nur in der Mehrzahl vorkommen und sich grundsätzlich auf denselben Gegenstand erstrecken, haben sie auch als Individualrechte ihre ursprüngliche Natur als Anteilsrechte in einem Gemeinschaftsverband nicht völlig verloren. Eng verbunden hiermit ist ein weiterer Wesenszug der GNRe, nämlich daß sie nicht in Einzelbefugnisse zerlegt werden können und grundsätzlich für alle Berechtigten den gleichen Inhalt haben müssen.

I. Die Unteilbarkeit der GNRe

1. Grundsatz

Aus der geschichtlichen Entwicklung der GNRe als Beteiligung an den Erträgen des Allmendevermögens folgt, daß sie zwar in Bruchteile (halbe, Viertel-, Achtelrechte usw.) zerstückelt³⁶⁷, aber niemals in ihre einzelnen Teilbefugnisse zerlegt und derart getrennt weiter ausgeübt werden können. Entweder ein Dorfbewohner gehört mit einem ganzen oder einem Bruchteilsanteil zum Kreis der Allmendenutzungsberechtigten, oder er hat kein GNR. Die einzelnen Teilbefugnisse, die das GNR gewährt, sind keine selbständigen Berechtigungen, sondern Ausfluß des einheitlichen GNRes, weshalb sie von diesem nicht losgelöst und z. B. gesondert auf ein anderes Anwesen übertragen werden oder sonst Gegenstand des Rechtsverkehrs sein können³⁶⁸.

³⁶⁷ Vgl. oben § 9, IV, 1 und unten § 15, I, 3, b (Zerstückelung)

³⁶⁸ So VGH 48/92 und 50/37; ferner Schick in BVBl. 1960/16

Möglich ist aber, daß es in einem Ort verschiedene Arten von GNRes gibt, die jeweils verschiedenen Berechtigten zustehen und unterschiedliche Nutzungsbefugnisse verleihen³⁶⁹. So kann es z. B. eine Klasse von Rechtlern geben, die nur die Weide nutzen darf, während eine andere Kategorie von Rechtlern nur Holz beanspruchen kann.

2. Unmöglichkeit der Teilverjährung

Aus dem Grundsatz der Unteilbarkeit der GNRe folgt, daß eine Teilverjährung einzelner Nutzungsbefugnisse nicht möglich ist. Übt ein Rechtler auch nur eine von mehreren Nutzungsbefugnissen (z. B. Brennholzrecht) aus, so erlöschen die anderen Befugnisse seines NRes (z. B. Weide- und Streurecht) nicht durch Unterbrechung in der Ausübung, sondern er behält sein NR in vollem Umfang, solange die von ihm nicht mehr ausgeübten Teilbefugnisse wenigstens noch von anderen Rechtlern ausgeübt werden³⁷⁰. Solange das GNR besteht, kann auch eine etwaige Gegenleistungspflicht nicht für sich allein verjähren.

3. Teilverzicht und Teilablösung

Der Grundsatz der Unteilbarkeit der GNRe schließt nicht aus, daß s ä m t l i c h e Rechtler eine bestimmte Teilbefugnis (z. B. die Schafweide) aufgeben, so daß diese bei herkömmlichen NRes dann infolge Nichtausübung für alle erlischt und das GNR nur noch die restlichen Befugnisse gewährt³⁷¹. Die Verwaltungspraxis übersieht dies zuweilen und wendet auch hier das Verbot der Teilverjährung an. – Ebenso ist es zulässig, daß alle Rechtler einseitig oder vertraglich auf eine Teilbefugnis verzichten³⁷² oder daß eine Teilbefugnis einheitlich nach Art. 70 GO abgelöst oder nach Art. 71 GO aufgehoben wird³⁷³.

Ob hingegen auch einzelne Rechtler auf einen Teil ihres NRes wirksam verzichten können, während die übrigen das volle NR behalten, erscheint fraglich.

Keine Bedenken bestehen, wenn durch teilweise Unterbrechung der Ausübung oder einseitigen oder vertraglichen Teilverzicht Bruchteilsrechte entstehen. Wenn z. B. ein Rechtler seit Jahren nur noch drei statt sechs Rinder zur Weide schickt oder nur die Hälfte seines Holzanteils bezieht, so ist sein GNR im Umfang auf ein halbes Recht zurückgegangen³⁷⁴. Ausübung eines HNRes nur zur Hälfte bei Unterlassung der Weide erhält auch die Weidebefugnis nur im halben Umfang³⁷⁵. In einem Fall, in dem das GNR zur Weide von Rindern und Gänsen berechnete, aber nur noch einige ihr Großvieh, alle hingegen ihre Gänse auf die Weide schickten, nahm der VGH³⁷⁶ bei denen, die keine Rinder mehr auftrieben, Untergang dieser Teilbefugnis durch Verzicht an. Nachdem Teilbefugnisse aber durch bloße

³⁶⁹ Vgl. unten § 10, II, 2, b (inhaltlich verschiedene NRes)

³⁷⁰ So VGH 48/94 und 50/37, VGH n. F. 2/5

³⁷¹ So VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307

³⁷² Näheres über Verzicht siehe unten § 15, IV, 1, b und 2

³⁷³ Vgl. Illig S. 108–109

³⁷⁴ So VGH 55/85

³⁷⁵ So VG Ansbach, Urteil vom 20. 11. 1962 Nr. 3323–II/61

³⁷⁶ VGH 55/85

Nichtausübung nicht einzeln verjähren können, solange es noch Rechtler gibt, die jene Befugnisse ausüben, könnte ein Teilverzicht einzelner höchstens dann anerkannt werden, wenn er ausdrücklich erfolgt³⁷⁷. Bloße Nichtausübung läßt bei der bauerlichen Mentalität noch nicht auf Verzichtswillen schließen.

II. Die Inhaltsgleichheit der GNRe

1. Grundsatz

Die natürliche Folge des Umstands, daß GNRe nur in der Mehrzahl vorkommen, aber nicht in ihre Einzelbefugnisse zerlegt werden können, ist, daß der Inhalt des GNRes grundsätzlich für jeden Rechtler gleich sein muß, sofern nicht auf eine Teilbefugnis wirksam verzichtet wurde.

2. Möglichkeit verschiedener Klassen von Rechtlern

In manchen Orten bestehen herkömmlich verschiedene Klassen von Rechtlern mit unterschiedlichen Rechten, was mitunter zu Einschränkungen des Grundsatzes der Inhaltsgleichheit führen kann.

a) Abstufungen

Gelegentlich ist die Nutzung innerhalb eines Ortes nach Umfang und Menge abgestuft. Eine Klasse von Rechtlern ist z. B. zum vollen Bezug der Nutzungen, eine andere zum anderthalbfachen, eine dritte nur zum halben Bezug berechtigt; oder Rechtler, die Großbauern sind, dürfen zwanzig Schafe, Kleinbauern dagegen nur fünf Schafe weiden lassen³⁷⁸. Solche Abstufungen beruhen oft auf der Größe des Anwesens und dem damit verbundenen unterschiedlichen Bedarf des einzelnen.

Manchmal besteht die Abstufung darin, daß z. B. zehn Rechtler je einen vollen Anteil haben, während drei andere zusammen seit alters nur einen Anteil gemeinsam haben; oder es erhalten einige Brennholz nach Bedarf (Freirechte), andere dagegen eine jährlich feststehende, geringere Menge³⁷⁹.

Solche Abstufungen lassen den Grundsatz der Inhaltsgleichheit unberührt, weil der Inhalt des GNRes in jeder Klasse gleich bleibt.

b) Inhaltliche Unterschiede

Der genannte Grundsatz wird aber dann durchbrochen, wenn sich die Berechtigungen der einzelnen Rechtlerklassen inhaltlich nicht decken. Hier muß aber jedes Recht wenigstens innerhalb derselben Klasse die gleichen Befugnisse verleihen. Solche inhaltlich verschiedenen Sorten von GNRes sind häufig anzutreffen.

In einigen Dörfern ist z. B. eine Klasse von Rechtlern dadurch bevorzugt, daß ihre GNRe zum Bezug von besseren Holzsorten als die NRe der übrigen Rechtler berechtigen. In anderen Orten wiederum gibt es

³⁷⁷ Näheres über Teilverzicht einzelner siehe unten § 15, IV, 1, a, dd

³⁷⁸ Beispiele solcher Abstufungen auch in VGH 13/197 ff., 36/195, 203; ferner Illig S. 44 und 131 und Kiefersauer S. 41

³⁷⁹ Vgl. Hirschmann S. 15 für Oberhochstatt (Landkreis Weißenburg)

Rechtlergruppen, die jeweils an verschiedenen Wald- oder Weidegrundstücken nutzungsberechtigt sind³⁸⁰. Mitunter gewährt das GNR in der jeweiligen Gruppe sogar völlig verschiedene Teilbefugnisse; z. B. haben die einen nur Holz-, die andern nur Weiderechte. Möglich ist auch, daß die bestehenden Sorten von GNREN sich sämtlich auf dasselbe Grundstück beziehen, aber gleichwohl inhaltlich verschiedene Nutzung gewähren³⁸¹. Solche Verschiedenheiten sind meist geschichtlich durch das Vorhandensein mehrerer Grundherrschaften im selben Dorf bedingt.

3. Anspruch auf Gleichbehandlung

Eine Folge des Grundsatzes, daß die GNRE im selben Dorf oder, wenn es verschiedene Sorten von Rechten gibt, innerhalb derselben Rechtlergruppe gleichen Inhalt haben müssen, ist der Anspruch eines jeden Rechtlers, bei gleichem Anteil gleich behandelt zu werden³⁸². Dieser Anspruch richtet sich hauptsächlich gegen die Gemeinde, nicht so sehr gegen die Mitberechtigten, weil die Gewährung der Nutzungen Sache der Gemeinde ist. Im Zweifel ist der Anteil des einzelnen Rechtlers gleich groß (vgl. Art. 32 Abs. 4 GO 1869 und § 742 BGB).

Es verstößt jedoch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Gemeinde zur Klärung einer strittigen Frage einen Rechtler herausgreift und gegen diesen einen Musterprozeß führt³⁸³.

§ 11 Gemeindenutzungsrechte sind vermögenswerte, eigentumsgleiche Rechte

Ein weiterer Wesenszug der GNRE besteht darin, daß sie vermögenswerte, eigentumsgleiche Rechte sind.

I. Die geschichtliche Entwicklung

Die bäuerliche Bevölkerung betrachtete die auf dem Hof ruhenden GNRE seit alters als eigentumsgleiche Rechte, weil sie mit dem Anwesen verbunden sind und dessen wirtschaftlichen Wert erhöhen. Als Bestandteil des bäuerlichen Vermögens wurden die NRE in die Kataster eingetragen und bei Übergabe- und Kaufverträgen ausdrücklich mitverbrieft und wertmäßig angesetzt.

Gesetzgebung und Rechtsprechung befaßten sich jedoch in früheren Zeiten nicht mit der Natur der GNRE als vermögenswerter, eigentumsgleicher Rechte, da eine Beeinträchtigung dieser so fest verwurzelten Einrichtung nicht zu befürchten war.

³⁸⁰ In der Ortschaft Hohenweiler, Gemeinde Stirn, Landkreis Weißenburg in Bayern, gibt es z. B. drei verschiedene Rechtlerklassen dieser Art. Ähnlich liegen die Verhältnisse z. B. in der Gemeinde Hambühl, Landkreis Neustadt an der Aisch.

³⁸¹ In Ullstadt, Landkreis Scheinfeld, gab es bis 1939 neben den normalen GNREN, die auf Brennholz- und Bauholzbezug sowie auf Weidenutzung gerichtet sind, noch sogenannte Hubrechte, die als eine Sonderart von GNREN reine Brennholzrechte waren, und zwar aus derselben Waldfläche, aber getrennt von den GNREN der normalen Art befriedigt wurden (vgl. Ablösungsakten der Regierung von Mittelfranken Nr. II/1 d — 4066 c aus dem Jahre 1939).

³⁸² Vgl. Kiefersauer S. 41

³⁸³ So VGH in BVBl. 1958/278

II. Die heutige Eigentumsgarantie

Die Rechtsprechung bezieht gegenwärtig nicht nur das Eigentum im Sinne des BGB, sondern auch alle vermögenswerten subjektiven Privatrechte in den verfassungsmäßigen Eigentumsschutz (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 103 Abs. 1 BV) ein. Subjektiv-öffentliche Rechte werden demgegenüber nicht schlechthin als Eigentum im Sinne der Verfassungen behandelt³⁸⁴.

Die GNRe nun sind zwar öffentliche Rechte, aber dadurch, daß sie als dingliche Belastungen auf gemeindlichen Grundstücken ruhen, den bürgerlichen Rechten am Grundstück so stark angenähert, daß sie wie diese eine eigentümerähnliche Stellung verschaffen und deshalb den gleichen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genießen müssen³⁸⁵. Die gleiche Auffassung hat der Gesetzgeber dadurch zu erkennen gegeben, daß er in Art. 13 FRG bei Ablösung und Einschränkung von Forstrechten, die in ihrem vermögenswerten Charakter den GNRen eng verwandt sind, ausdrücklich Art. 14 GG erwähnte und in Art. 70 und 71 GO bei Ablösung und Aufhebung von GNRen angemessene Entschädigung zugestand.

III. Die Auswirkung des Eigentumsschutzes bei den GNRen

1. Grundsatz

Die Folge der Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf die GNRe ist, daß jeder hoheitliche Eingriff, der auch unter Berücksichtigung der Sozialgebundenheit des Eigentums mit dem Wesen dieser NRe nicht mehr zu vereinbaren ist und sie in ihrem rechtlichen Kern vernichtet, wenn er rechtmäßig ist, eine Enteignung, und wenn er rechtswidrig-schuldlos (nach BGHZ 7/296 sogar rechtswidrig-schuldhaft) ist, einen enteignungsgleichen Eingriff darstellt und in all diesen Fällen einen Entschädigungsanspruch auslöst³⁸⁶. Einer Zuhilfenahme des in § 75 EinlALR niedergelegten Aufopferungsanspruchs, der für die Aufopferung besonderer Rechte zum Wohle der Allgemeinheit einen Entschädigungsanspruch gewährt³⁸⁷, bedarf es dabei nicht.

2. Ablösung und Aufhebung von GNRen

Bei Ablösung und Aufhebung von GNRen wurde dieser Grundsatz bereits seit 1927 vom Gesetzgeber berücksichtigt und den betroffenen Rechtlern derselbe Schutz eingeräumt, wie er den Inhabern enteignungsfähiger Rechte und Rechtsstellungen gegen Enteignung im verfassungsrechtlichen Sinn zukommt (vgl. Art. 38 und 39 GO 1927, Art. 70 und 71 GO 1952). Ablösung und Aufhebung sind also als Enteignungsfälle gesetzlich anerkannt.

3. Sonstige Eingriffe in GNRe

Bei anderen Eingriffen in GNRe ist zu unterscheiden, von wem sie ausgehen:

³⁸⁴ Vgl. BayVfGH 5/1

³⁸⁵ So BayVfGH vom 27. 11. 1961 in BVBl. 1962/52–53

³⁸⁶ Vgl. über diesen Unterschied Maunz, § 19, IV, 1

³⁸⁷ Vgl. Maunz, § 19, IV, 2

Bei Eingriffen der Gemeinde bedarf es des erwähnten Eigentumsschutzes in der Regel nicht, da sie im Rahmen des öffentlichen Schuldverhältnisses zwischen Gemeinde und Rechtlern einen Schadensersatzanspruch geben, wenn sie rechtswidrig sind³⁸⁸. Die Gemeinde ist außer bei der Ablösung von GNRe nach Art. 70 GO rechtlich nicht in der Lage, GNRe durch Hoheitsakt zu entziehen oder zu schmälern. Handlungen der Gemeinde, die die Ausübung der GNRe ganz oder teilweise vereiteln, berühren den rechtlichen Bestand der Rechte nicht; eine dadurch hervorgerufene Unterbrechung in der Ausübung herkömmlicher NRe gälte als nicht zu vertreten und wäre unschädlich. Allerdings sind Beeinträchtigungen tatsächlicher Natur denkbar, die die NRe zwar nicht rechtlich berühren, aber doch ihres Inhalts berauben. Verkauft die Gemeinde z. B. Teile des Waldes oder wandelt sie die Gemeindeweide in Bauland um, ohne daß die NRe abgelöst oder aufgehoben wurden, so ist die Ausübung der zwar formell noch bestehenden GNRe insoweit nicht mehr möglich, was einer Enteignung gleichkommt, wenn sich der ursprüngliche Zustand nicht mehr wiederherstellen läßt. Dennoch bestehen auch in solchen Fällen Bedenken, einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff herzuleiten³⁸⁹, weil die GNRe nicht durch hoheitliche, im Verhältnis von Über- und Unterordnung vorgenommene Maßnahmen der Gemeinde, sondern infolge fiskalischen Handelns beeinträchtigt werden.

Im Ergebnis verpflichtet aber jedes einer Umgehung von Art. 70 und 71 GO gleichkommende Verhalten der Gemeinde zur Entschädigung nach den dort niedergelegten Grundsätzen, gleich aus welchem Rechtsgrund man den Entschädigungsanspruch ableitet.

Die Anerkennung der GNRe als vermögenswerter, eigentumsgleicher Rechte gewinnt vor allem dann Bedeutung, wenn nicht die Gemeinde, sondern der Staat oder eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts die GNRe durch hoheitlichen Eingriff ihrer Substanz beraubt. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Staat einen belasteten Wald hoheitlich für seine Zwecke in Anspruch nimmt, so daß die daran bestehenden GNRe gegenstandslos werden. Hier liegt, je nachdem, ob der Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig war, Enteignung oder enteignungsgleicher Eingriff vor; die Entschädigungspflicht trifft den Staat.

§ 12 Gemeindenutzungsrechte haben eine gewisse Drittwirkung

Daraus, daß die GNRe in einem Gemeinschaftsverband ausgeübt und als eigentumsgleiche Rechte angesehen werden, ergeben sich gewisse, allerdings beschränkte Wirkungen gegenüber Dritten, die das Wesen der heutigen GNRe kennzeichnen.

I. Die Geltendmachung der GNRe gegenüber der Gemeinde

Um über die Drittwirkung der GNRe sprechen zu können, muß vorweg klargestellt werden, daß sie sich grundsätzlich gegen die Gemeinde richten³⁹⁰.

³⁸⁸ Näheres siehe oben § 8, B, II, 2, b

³⁸⁹ So z. B. Hölzl-Rollwagen, Anm. 4 zu Art. 70 GO

³⁹⁰ Vgl. Kahr, Anm. 16, b zu Art. 32 GO 1869, ferner VGH 48/93

Zuständig für die Anerkennung der NRe und die Gewährung und Verteilung der Nutzungen ist ausschließlich die Gemeinde, nicht die Mitrechtler. Wer sich in seinem NR beeinträchtigt fühlt, muß sich grundsätzlich an die Gemeinde, nicht an die anderen Berechtigten wenden³⁹¹. Einem Vorgehen gegen Mitrechtler oder Nichtberechtigte wird meist das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, zumal ein gegen diese erstrittenes Urteil nicht gegen die Gemeinde Rechtskraft erlangt. Gibt es in einem Ort z. B. verschieden abgestufte NRe und begehrt jemand Anteil an der obersten Stufe, so muß er gegen die Gemeinde und nicht gegen die Rechtler jener Klasse klagen³⁹². Auch wenn unter den Rechtlern Streit über den Kreis der Beteiligten, über den Verteilungsmaßstab und den Anteil des einzelnen oder über Inhalt und Umfang der NRe entsteht, muß, wer sich benachteiligt glaubt, gegen die Gemeinde und nicht gegen die anderen Rechtler auf Feststellung oder Leistung klagen³⁹³.

Der Umstand, daß sich die GNRe gegen die Gemeinde richten, schließt aber nicht aus, daß aus dem GNR auch Ansprüche gegen Dritte erwachsen.

II. Ansprüche gegen Mitrechtler

Da im allgemeinen die Rechtler eines Ortes denselben Gegenstand nutzen, ergeben sich in ihrem Verhältnis zueinander Ansprüche.

1. Inhalt der Ansprüche gegen Mitrechtler

Häufig wird die Meinung vertreten, jeder Rechtler habe gegen seine Mitrechtler einen Anspruch auf gleichmäßige Behandlung und anteilmäßige Berücksichtigung, wobei mitunter analoge Anwendung von § 743 BGB befürwortet wird³⁹⁴. Dies ist jedoch in so allgemeiner Form nicht zu billigen. Für anteilmäßige Berücksichtigung und Gleichbehandlung aller muß nämlich die Gemeinde sorgen, der die Zuweisung und Verteilung der Nutzungen obliegt. Auf die Rücksicht der Mitrechtler ist der Berechtigte nur dann angewiesen, wenn die Nutzung gemeinschaftlich erfolgt und keine Einzelzuweisung durch die Gemeinde voraussetzt (z. B. bei Weide). Gegen eine Anwendung von § 743 BGB bestehen Bedenken, weil die Nutzungsberechtigung nicht als einheitliches Gesamtrecht allen Rechtlern gemeinschaftlich zusteht.

Der Anspruch eines Rechtlers gegen seine Mitberechtigten, der sich aus der Ausübung der NRe im Gemeinschaftsverbande ergibt, geht in Wirklichkeit nur dahin, daß die anderen alles unterlassen, was sein NR beeinträchtigen und die ihm zustehende Nutzung schmälern könnte. Wird dieser Anspruch verletzt, kann auf Beseitigung der Störung, auf Unterlassung, auf Herausgabe der von einem anderen zu Unrecht für sich in Anspruch genommenen Nutzungen und gegebenenfalls auf Schadensersatz geklagt werden. Ein Rechtsschutzbedürfnis hierfür wird immer dann gegeben sein,

³⁹¹ Näheres siehe oben § 5, V, 1 (Streitigkeiten mit der Gemeinde)

³⁹² So VGH 5/193

³⁹³ A. M. Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 284

³⁹⁴ So Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 68 GO; Illig S. 14–15 sowie Mang (Heigl) S. 280

wenn zwar die Gemeinde den Anspruch zu befriedigen bereit ist, einer oder mehrere der Mitrechtler aber den Nutzungsbezug vereiteln oder hindern. Bei mengenmäßig ungemessenen NRes, die ohne vorherige Einzelzuteilung ausgeübt werden können (z.B. Weiderechte), kann jeder Rechtler verlangen, daß die andern nicht zuviel Nutzung in Anspruch nehmen und ihm seinen Anteil lassen. Keiner darf sich Nutzungen gewähren lassen, die einem Mitrechtler gebühren. Daß zulässiger-, zweckmäßiger- und üblicherweise in einem solchen Fall gegen die Gemeinde geklagt wird, schließt einen Unterlassungsanspruch gegen den störenden Mitrechtler nicht aus³⁹⁵. Ferner können die Rechtler z.B. einen von ihnen, der ein Nutzungsgrundstück von der Gemeinde für sich gepachtet hat, auf Herausgabe an die Gemeinde verklagen, damit das Grundstück wieder allen zur Nutzung diene. Bloß rhetorisches Bestreiten des NRes durch andere Rechtler gibt aber noch keinen Abwehranspruch, weil es nur auf die Anerkennung des NRes durch die Gemeinde und deren Rechtsüberzeugung ankommt³⁹⁶.

2. Natur und Rechtsgrundlage der Ansprüche gegen Mitrechtler

Über Natur und Rechtsgrundlage der gegen Mitrechtler gegebenen Abwehransprüche herrscht Streit. Einige halten derartige Abwehransprüche für bürgerlich-rechtlich, weil das Verhältnis der Berechtigten untereinander nicht öffentlich-rechtlich geregelt sei, und nennen als Anspruchsgrundlage entweder §§ 823 Abs.1 (GNR als „sonstiges Recht“), 826 BGB³⁹⁷ oder Analogie zu §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs.2 BGB³⁹⁸ oder zu § 743 BGB. Andere hingegen ordnen solche Ansprüche dem öffentlichen Recht zu, wobei sie gleichfalls entweder §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs. 2 BGB oder § 743 BGB sinngemäß anwenden³⁹⁹. Zu diesen Überlegungen ist folgendes zu bemerken:

Daß eine öffentlich-rechtliche Berechtigung als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs.1 BGB angesehen werden oder in anderer Weise Ausgangspunkt privatrechtlicher Ansprüche sein kann, ist nicht ausgeschlossen. Haben sich die Rechtler z.B. zu einer bürgerlich-rechtlichen Vereinigung zusammengeschlossen, so bemessen sich ihre Rechte und Pflichten innerhalb dieses Zusammenschlusses nach bürgerlichem Recht.

Das GNR bleibt aber seiner Natur nach öffentlich-rechtlich und kann als anteiliges, in der Dorfgemeinschaft wurzelndes Recht besonders bei mengenmäßig nicht begrenzten NRes nicht losgelöst von den Anteilen der Mitberechtigten betrachtet werden. Dadurch, daß die ganze, auf dem Gemeindeverband beruhende Nutzung öffentlich-rechtlich geregelt ist, wird auch, bedingt durch den Anteilscharakter der GNRe, die Beziehung der Rechtler unter sich in dieses öffentlich-rechtliche Nutzungsverhältnis miteinbezogen. Macht ein Rechtler gegen einen andern Abwehransprüche geltend, so ist der Streitgegenstand letzten Endes immer der Umfang des GNRes als Anteil im Verband der übrigen NRe. Streitgegenstand ist somit das öffentlich-

³⁹⁵ So VG Ansbach, Urteil vom 20. 11. 1962 Nr. 3323-II/61

³⁹⁶ A. M. Illig S. 15

³⁹⁷ So BayBgm 1949/95

³⁹⁸ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 3 zu Art. 68 GO; ferner Stadler S. 55

³⁹⁹ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 20. 11. 1962 Nr. 3323-II/61

rechtliche Nutzungsverhältnis in seiner konkreten Ausprägung, dessen Feststellung nach § 40 Abs. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten obliegt. Hinzu kommt, daß das GNR gewisse dingliche Natur hat, also kein reines Forderungsrecht ist, das sich in öffentlich-rechtliche Forderungen gegen die Gemeinde und privatrechtliche Abwehransprüche gegen die Mitrechtler zerlegen ließe. Die Verpflichtung eines jeden, sich nicht zuviel Nutzung herauszunehmen und somit den Anteil der übrigen nicht zu schmälern, besteht nämlich auch gegenüber der Gemeinde. Es ist nicht einzusehen, warum diese Verpflichtung gegenüber der Gemeinde öffentlich-rechtlich, gegenüber den Mitberechtigten aber privatrechtlich sein sollte; sie ist vielmehr Bestandteil eines einheitlichen, öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses.

Was die rechtliche Begründung angeht, so bestehen gewisse Bedenken, Abwehransprüche gegen Mitrechtler auf Analogie zu §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs. 2 BGB zu stützen, weil das GNR keine Teilnahme an der Verwaltung und Bewirtschaftung des belasteten Objekts gewährt und in der Regel nur bei Weide-, Wiesen- und Ackernutzung zum Besitz berechtigt. Die Heranziehung von § 743 BGB erscheint ebenfalls nicht unbedenklich, weil eine Rechtsgemeinschaft im eigentlichen Sinn nicht vorliegt. Da die GNRe aber aus altem, deutsch-rechtlichen Gewohnheitsrecht entsprungen sind und noch heute dem örtlichen Gewohnheitsrecht unterliegen, bedarf es nicht unbedingt der entsprechenden Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen, um Abwehransprüchen gegen Mitrechtler eine Rechtsgrundlage zu geben. Auch wenn die Rechtlergesamtheit heute vom öffentlichen Recht nicht als eigenes Gebilde anerkannt wird, kann doch der Abwehranspruch des einzelnen gegen seine Mitberechtigten unmittelbar aus dem geschichtlich gewachsenen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet werden, in das die GNRe eingebettet sind.

III. Ansprüche gegen Nichtrechtler

Was das Verhältnis der Rechtler zu nichtberechtigten Dritten anbelangt, zeigt sich, daß die Drittwirkung der GNRe sehr begrenzt ist. Die radizierten GNRe sind zwar auf Grund ihrer dinglichen Natur mit den Grundstücksrechten des BGB eng verwandt, wurden aber gleichwohl im Lauf ihrer geschichtlichen Entwicklung nie als absolute, gegen jeden Dritten wirkende Rechte aufgefaßt, soweit sie nicht früher Miteigentumsanteile waren. Sinngemäße Anwendung von §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs. 2 BGB und die vorbehaltlose Anerkennung der GNRe als „sonstige Rechte“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB mit der Folge, daß jeder beliebige Dritte, der die NRe in irgendeiner Weise beeinträchtigt, auf Beseitigung der Störung, auf Unterlassung oder auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könnte, begegnen daher erheblichen Bedenken. Dabei muß auch berücksichtigt werden, daß die GNRe nicht zur Verwaltung und – abgesehen von Weide-, Wiesen- und Ackernutzung – auch nicht zum Besitz berechtigen. Verübt ein Nichtrechtler Störungen, indem er z. B. unbefugt Holz schlägt oder Streu sammelt, so ist es Sache der Gemeinde, gegen ihn einzuschreiten. Die Rechtler dagegen können sich grundsätzlich nur an die Gemeinde halten. Wenn ein Nichtrechtler z. B. der Gemeinde das den Rechtlern zustehende

Holz abkauft oder eine der Nutzung unterliegende Wiese pachtet, so können die geschädigten Rechtler ihn nicht auf Herausgabe verklagen, sondern müssen die Gemeinde schadensersatzpflichtig machen⁴⁰⁰.

Ein Vorgehen der Rechtler gegen Nichtrechtler ist nur in Ausnahmefällen möglich. Bei Weide-, Wiesen- oder Ackernutzung etwa, wo die Rechtler bei Ausübung ihrer NRe in aller Regel zum Besitz berechtigt sind und das Verhältnis einer Grunddienstbarkeit gleicht, genießen die Berechtigten jedenfalls nach §§ 861, 862 BGB Besitzschutz. Hat ein Unbefugter Gras gemäht oder Feldfrüchte entwendet, so können die Rechtler ihn auf Herausgabe nach § 985 BGB verklagen, wenn sie durch die Trennung der Erzeugnisse gemäß § 954 oder § 956 Abs. 1 BGB Eigentum daran erlangten, was für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen ist. Da die Gemeinde, wenn sie in solchen Fällen gegen den Störer vorgehen will, die bürgerlichen Gerichte anrufen muß, gilt dasselbe auch für die Rechtler, denn ihr etwaiger Anspruch gegen Nichtrechtler wurzelt nicht in einem öffentlich-rechtlichen Gemeinschaftsverhältnis.

Ein Vorgehen gegen einen Nichtrechtler ist ferner zulässig, wenn dieser zu Unrecht ein GNR für sich in Anspruch nimmt. In einem solchen Fall kann der Betroffene, dem das NR streitig gemacht wird, gegen den anderen vor den Verwaltungsgerichten Feststellungsklage erheben, daß das GNR ihm zustehe. Wenn hingegen jemand ein GNR zu haben behauptet, ohne gleichzeitig die GNRs anderer zu bestreiten, so können diese nicht gegen ihn vorgehen, sondern müssen dies der Gemeinde überlassen.

§ 13 Gemeindebenutzungsrechte unterliegen gewissen Beschränkungen im Umfang

Ein weiteres Wesensmerkmal der GNRs ist darin zu erblicken, daß sie, was den Umfang der Nutzung anbetrifft, gewissen grundsätzlichen Beschränkungen unterworfen sind.

I. Die Beschränkung auf den Eigenbedarf

1. Der Vorteil des berechtigten Anwesens als Maßstab für den Umfang der Nutzung

a) Geschichtliche Entwicklung

Die Teilnahme an der Allmendenutzung diente bei radizierten NRe von jeher dazu, das begünstigte Anwesen mit dem nötigen Holz zu versorgen und Weidemöglichkeit für das erforderliche Vieh zu bieten, bedeutete also eine wertvolle Ergänzung der bäuerlichen Wirtschaft, ja oft sogar deren Daseinsgrundlage. Infolgedessen richtete sich, als die Allmende mit zunehmender Besiedlung für schrankenlose Nutzung nicht mehr ausreichte, der Umfang der dem einzelnen zustehenden Nutzung nach dem Bedarf seines Anwesens⁴⁰¹. Darüber hinausgehende Nutzung zur Versorgung weiterer, nichtberechtigter Anwesen oder zu Handelszwecken durfte grundsätzlich niemand beziehen. Wer weideberechtigt war, durfte im allgemeinen nur

⁴⁰⁰ Anders, wenn der Störer selbst zu den Nutzungsberechtigten gehört; vgl. oben § 12, II, 1

⁴⁰¹ Vgl. VGH 17/189 und 51/159, ferner Illig S. 43 und Woerner, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927

soviel Vieh auf die Weide schicken, als er in seinem Hof zu überwintern vermochte oder als er zur Führung seines landwirtschaftlichen Betriebes halten mußte, während ihm die Allmende zur großangelegten Viehzucht oder für Handelsvieh nicht offenstand⁴⁰². In manchen Dörfern war es aber gestattet, neben – mitunter auch statt – eigenem Vieh im Rahmen einer zulässigen Höchstzahl fremdes Vieh aufzutreiben⁴⁰³.

b) Gegenwärtige Rechtslage

Der gewohnheitsrechtlich entwickelte Grundsatz, daß niemand in größerem Umfang Gemeindenutzungen in Anspruch nehmen darf, als der Eigenbedarf seines Anwesens es erfordert, beschränkt als Richtschnur auch heute noch in Zweifelsfällen den Umfang der Nutzung⁴⁰⁴. Der Bedarf muß allerdings nicht jeweils konkret nachgewiesen werden, sondern es entscheidet der übliche Bedarf. Auch die Festlegung des üblichen Bedarfs stößt jedoch angesichts der gegenwärtigen wirtschaftlichen Umstellungen in der Landwirtschaft auf Schwierigkeiten. Das Holz wird z. B. mehr und mehr der Industrie zugeführt und nicht mehr im Dorf verwendet, weil die Holzbauweise zurückgeht und die Heizung auch auf dem Land auf Kohle oder Öl umgestellt wird. Außerdem wird vielfach die Schafweide aufgegeben.

Diese Entwicklung führt häufig dazu, daß die ursprünglich zum Eigenverbrauch bestimmten Nutzungen im Einverständnis mit der Gemeinde zu Geld gemacht werden und das Weideland an auswärtige Hirten verpachtet wird, während die Rechtler in Ausübung ihrer Rechte nur an den Gelderlösen teilhaben. In derartigen Fällen ist, da der Geldbedarf eines neuzeitlichen Bauernhofes gewaltig gestiegen ist, die grundsätzliche Beschränkung der Nutzung auf den Eigenbedarf wenigstens annähernd dadurch gewahrt, daß entweder die anfallende Nutzung jeweils mengenmäßig genau festgelegt ist oder den Rechtlern nur soviel Nutzung gewährt wird, als mit den Regeln ordnungsgemäßer Bewirtschaftung⁴⁰⁵ vereinbar ist und dem herkömmlichen Umfang der Nutzung entspricht.

Eine weitere Schwierigkeit bildet der Umstand, daß der Eigenbedarf der bäuerlichen Wirtschaft vielfachen Schwankungen unterworfen ist, während Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO einer Ausweitung von GNRe entgegensteht und nach Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO das seit dem 18. 1. 1922 bestehende Herkommen auch den Umfang der Nutzung mitbestimmt. War der Umfang der Nutzung in den für die Bildung von Herkommen maßgebenden Jahren größer als der Bedarf, so bleiben die GNRe dennoch weiterhin auf den Eigenbedarf beschränkt⁴⁰⁶, weil diese Beschränkung das Wesen der GNRe kennzeichnet. War der Umfang der Nutzung im maßgebenden Zeitraum kleiner

⁴⁰² Vgl. VGH 17/189; Illig S. 43; Stadler S. 8; Meisner S. 432; Woerner, Anm. 3 zu Art. 34 GO 1927; ebenso § 14, 8. Kapitel, Codex Maximilianus Bavaricus civilis vom 2. 1. 1756 und Art. 14 Abs. 1, b WeideG

⁴⁰³ Vgl. Meisner S. 432 und Kiefersauer S. 32; siehe auch unten § 18, II. Der in Art. 9 Abs. 1 FRG niedergelegte Grundsatz, daß nur eigenes Vieh geweidet werden darf, gilt für GNRe nicht allgemein

⁴⁰⁴ Vgl. §§ 1019 und 1091 BGB

⁴⁰⁵ Vgl. unten § 13, II

⁴⁰⁶ Vgl. Woerner, Anm. 5 zu Art. 35 GO 1927

als der Bedarf, so soll nach Woerner⁴⁰⁷ in Zukunft nicht mehr der Bedarf, sondern die tatsächliche Nutzung maßgebend sein; war der Umfang der Nutzung in den verschiedenen Jahren verschieden groß, ohne daß dies auf Anpassung an den Bedarf beruhte, so soll fortan die kleinste Menge entscheiden. — Der Ansicht Woerners kann in den letzten beiden Fällen nur dann zugestimmt werden, wenn in dem fraglichen Zeitraum weniger Nutzung gewährt wurde, als der Bedarf ausmachte, obwohl genügend Nutzung zur Bedarfsdeckung zur Verfügung gestanden wäre. Reichte die Nutzung aber wegen schlechten Ertrags nicht aus, so kann bei besserem Ertrag in späteren Jahren doch wieder der volle Bedarf gedeckt werden.

Wuchs der Bedarf durch Ausweitung des berechtigten Anwesens nach 1922 erheblich an, so behält das NR dennoch seinen ursprünglichen Umfang⁴⁰⁸. Geht der Bedarf hingegen dauernd zurück, so ist künftig der verminderte Bedarf maßgebend.

2. Das Bauholzrecht als typisches Bedarfsrecht

Die meisten GNRe berechtigen unter anderem zum Bezug von Bauholz. Insoweit zeigt sich die oben geschilderte grundsätzliche Beschränkung auf den Eigenbedarf am deutlichsten. Jeder Rechtler erhält, wenn ein Baufall (Neubau oder Ausbesserung) eingetreten ist, nur soviel Stämme, als er für sein Vorhaben benötigt. Soweit Titel und Herkommen nichts anderes bestimmen, kann Bauholz für jede volle oder teilweise Erneuerung der bisherigen Hofgebäude, ferner für die Errichtung zusätzlicher kleinerer Nebengebäude, wie sie die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Anwesens mit sich bringt, nicht aber für die Erstellung weiterer Wohnhäuser oder Scheunen verlangt werden. Der Neubau eines abgerissenen oder abgebrannten Gebäudes ist auch an anderer Stelle zulässig. Beansprucht ein Rechtler kein Bauholz, so erlischt sein Bauholzrecht nur dann, wenn auch die andern Berechtigten ihr Bauholzrecht nicht mehr ausüben, im übrigen erhält die Ausübung anderer Teilbefugnisse (Brennholzrecht, Weiderecht) das GNR im vollen Umfang. Der geltend gemachte Bauholzanspruch muß dem jeweiligen Stand der Technik entsprechen, doch kann nicht verlangt werden, daß ein Rechtler, bloß um Holz zu sparen, von einer bisher üblichen Holzbauweise abweicht. Umgekehrt kann für eine Bauweise, bei der mehr Holz verwendet werden soll, als in dem betreffenden Orte üblich ist, kein Bauholz bewilligt werden. Wer neuzeitlich mit Eisen und Beton baut, erhält nur soviel Holz, als der Bau tatsächlich erfordert (z. B. Dachstuhl). Mancherorts wird nach Titel oder Herkommen Bauholz nur bei einem bestimmten Grad der Ausbesserungsbedürftigkeit und bei Erweiterungsbauten nur zu einem Bruchteil des benötigten Holzes abgegeben. Daß das Gebäude, für welches Bauholz beansprucht wird, landwirtschaftlichen Zwecken dienen müßte, ist nicht Voraussetzung⁴⁰⁹.

Wer Bauholzbedarf geltend macht, muß seinen Bedarf im allgemeinen durch Bauplan und Sachverständigengutachten nachweisen (vgl. Art. 5 Abs. 4 FRG). Der Gemeinderat muß über die Bauholzzuteilung ausdrücklich Beschluß fassen.

⁴⁰⁷ Woerner, Anm. 5 zu Art. 35 GO 1927

⁴⁰⁸ Vgl. Illig S. 42

⁴⁰⁹ Fälle, in denen Bauholz für gewerbliche Bauten wie z. B. eine Mühle gewährt wird, sind bei Hirschmann S. 14 und Georg Schmidt S. 57 erwähnt

Art. 14 Abs. 3 FRG, der unter Einschränkung des Grundrechts des Eigentums (vgl. Art. 13 Abs. 1 FRG) eine Festmessung von Bauholzrechten gestattet, gilt nicht analog für GNRe, weil dies zu einer unzulässigen, in der Gemeindeordnung nicht vorgesehenen Beschränkung des auf den Bedarf abgestellten Bauholzrechts führen würde. Auch kann nicht in entsprechender Anwendung von Art. 11 FRG Geldentschädigung gefordert werden, wenn ein Rechtler freiwillig massiv statt mit Holz baut.

3. Einteilung in ungemessene und gemessene NRe

Im Gegensatz zum Bauholzrecht, das einen nur von Zeit zur Zeit auftretenden Bedarf decken soll, sind die übrigen, aus dem GNR in der Regel entspringenden Nutzungsbefugnisse auf einen regelmäßig wiederkehrenden Bedarf abgestellt und zerfallen, was den Umfang der Nutzung anbetrifft, in ungemessene und gemessene NRe, wobei der Grundsatz der Beschränkung auf den Eigenbedarf jeweils unterschiedlich zur Geltung kommt.

a) Ungemessene NRe

Unter ungemessenen NRen werden Nutzungsbefugnisse verstanden, die nicht für einen festen Zeitraum auf ein bestimmtes Maß oder die nur mittelbar auf ein bestimmtes Maß (z. B. durch die Waldfläche begrenzte Streurechte) lauten⁴¹⁰. In der Regel haben die Rechtler bei ungemessenen Nutzungsbefugnissen Anspruch auf den gesamten, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung anfallenden Ertrag der Nutzungsgrundstücke, während der Gemeinde nur ein bestimmtes, durch Titel oder Herkommen festgelegtes Maß an Nutzung zur Deckung ihres Eigenbedarfs (z. B. Brennholz für Schule und Gemeindehaus) und das Besoldungsholz für die Amtsträger verbleibt⁴¹¹. Über jenes Maß hinaus darf die Gemeinde nichts von den Erträgen für sich zurückbehalten, weil die NRe insoweit dem Gemeindebedarf vorgehen. Die Verteilung des Ertrags unter die Rechtler erfolgt nach Maßgabe ihrer Anteile.

Auch ungemessene Nutzungsbefugnisse sind nicht völlig vom Eigenbedarf des berechtigten Anwesens losgelöst. Kommt z. B. der gesamte Ertrag einer Weidefläche den Rechtlern zu und ist die Zahl des weideberechtigten Viehs nicht festgelegt, so darf der einzelne gleichwohl nur soviel Tiere auf die Weide schicken, als sein Eigenbedarf erfordert. Bei Holznutzung allerdings wird, wenn der gesamte Ertrag eines Waldstücks den Rechtlern gebührt, die Beschränkung auf den Eigenbedarf zuweilen etwas in den Hintergrund treten. Soweit nicht Titel oder Herkommen entgegenstehen, kann bei ungemessenen HNRen auch der über den Eigenbedarf hinausgehende Mehranfall verteilt werden, weil einerseits ein Mehranfall in guten Jahren durch geringere Erträge in schlechten Jahren ausgeglichen wird und andererseits bei solchen angemessenen HNRen die Bedarfsdeckung von jeher nicht auf die im Anwesen tatsächlich benötigte Holzmenge beschränkt war, sondern

⁴¹⁰ Vgl. die Definition in Art. 1 Abs. 4 Satz 2 FRG

⁴¹¹ Vgl. VGH 51/159; Illig S. 42; „Fundstelle“ 1958 Nr. 230; Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 283; Masson, Anm. 1 zu Art. 68 GO; Hölzl-Rollwagen, Anm. I, 2 zu Art. 68 GO

Gelderlös aus dem Verkauf überschüssigen Holzes mit umfaßte. Derartige Gelderlöse helfen in anderer Weise mit, den Bedarf eines bäuerlichen Betriebes zu decken, zumal dieser Bedarf infolge der veränderten Wirtschaftsverhältnisse heute nicht mehr so stark wie früher auf die Verwendung des Holzes in natura gerichtet ist.

Geht eins von mehreren GNRen unter, so wächst der Anteil des ausgeschiedenen Rechtlers bei ungemessener Nutzung nicht den übrigen zu⁴¹² – das wäre als Erweiterung bestehender Anteilsrechte einer nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO verbotenen Neubegründung von GNRen gleichzusetzen –, sondern wird in sinngemäßer Weiteranwendung von Art. 38 Abs. 3 GO 1927 zugunsten der Gemeinde als fortbestehend fingiert, so daß diese den frei gewordenen Anteil erhält.

b) Gemessene NRe

Als gemessene NRe werden diejenigen Nutzungsbefugnisse bezeichnet, die für einen festen Zeitraum gleichbleibend Anspruch auf eine der Menge und dem Umfang nach durch Titel oder Herkommen genau bestimmte Nutzung gewähren, während ein etwa verbleibender Restertrag und die auf untergegangene GNRe entfallenden Anteile der Gemeinde gebühren⁴¹³. Diese häufig anzutreffende Beschränkung der Nutzung auf ein bestimmtes Maß hat ihren Ursprung darin, daß die Allmende in vielen Orten mit zunehmender Besiedlung nicht mehr für die schrankenlose Nutzung durch alle Berechtigten ausreichte, so daß zu Beginn der Neuzeit der Umfang der Nutzung beschränkt werden mußte⁴¹⁴. Die Beschränkung auf den Eigenbedarf ist bei gemessenen Nutzungsbefugnissen darin zu erblicken, daß der ungefähre Bedarf im allgemeinen die Grundlage der Bemessung bildete.

Die Arten der Bemessung sind vielfältig:

Brennholzrechte werden z. B. nach Ster (1 Kubikmeter Schichtholz einschließlich der holzleeren Zwischenräume) oder nach Klafter (80–150 Kubikfuß je nach Scheitlänge) gemessen. Hinzu kommt dann meistens noch eine bestimmte Anzahl von Reisigwellen oder das Astzeug bestimmter Bäume. In Franken findet sich auch die Einteilung des abzuholzenden Waldteils in Gertflächen, aus denen dann das Brennholz gewonnen werden darf⁴¹⁵. Nutzholz wird in der Regel nach Stämmen abgegeben.

Streu wird entweder in Haufen aufgesetzt und dann verteilt oder in der Weise gemessen, daß jeder für sich eine Waldfläche zugewiesen bekommt, aus der er die Streu holen darf. Das Recht, Eicheln und Bucheckern zu gewinnen, wird meist nach der Zahl der damit zu mästenden Schweine bemessen. Torf, Sand und sonstige Bodenbestandteile werden oft nach Fuhren gezählt.

Die Weidebefugnis wird grundsätzlich nach der Zahl der Tiere, die auf die Weide getrieben werden dürfen, begrenzt, wobei das Jungvieh nicht mitzählt⁴¹⁶.

⁴¹² A. M. Mayer, Sonderheft Nr. 310 der „Fundstelle“ S. 11

⁴¹³ Vgl. die Definition in Art. 1 Abs. 4 FRG sowie VGH 12/182, 36/205 und 55/85

⁴¹⁴ Vgl. VGH 17/189 und Kahr, Vorbem. 3 vor Art. 26 ff. GO 1869

⁴¹⁵ Näheres über die Einteilung in Gertflächen siehe oben § 8, C, I (S. 59, Fußnote 313)

⁴¹⁶ Vgl. Stadler S. 52, ferner ALR I, 22, § 98

Gemessene NRe sind oft in verschiedene Klassen abgestuft⁴¹⁷.

Scheidet ein Teil der Nutzungsfläche durch Veräußerung, Änderung der Kulturart⁴¹⁸ oder im Rahmen eines Aufhebungsverfahrens nach Art. 71 GO aus der Nutzung aus, so erfahren gemessene NRe eine entsprechende anteilige Kürzung. Dasselbe gilt, wenn der im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung anfallende Ertrag z. B. infolge von Naturereignissen zur vollen Befriedigung aller NRe nicht ausreicht⁴¹⁹. Diese Beschränkung ergibt sich aus Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO, der eine stärkere Nutzung der verbleibenden Restfläche verbietet. – Art. 15 FRG, der die vorübergehende Herabsetzung gemessener Forstrechte vorsieht, wenn die Leistungsfähigkeit der belasteten Grundstücke infolge höherer Gewalt oder zwingend gebotener Änderung der Betriebsart wesentlich vermindert ist und die weitere Gewährung der Rechtsbezüge die nachhaltige Bewirtschaftung der Grundstücke gefährden würde, kann jedoch – abgesehen davon, daß hierfür kein Bedürfnis besteht – nicht analog angewandt werden, weil es sich bei Art. 15 FRG um einen gesetzlich geregelten Sonderfall einer Einschränkung des Grundrechts des Eigentums (vgl. Art. 13 Abs. 1 FRG) handelt und die Entscheidung nach Art. 27, c FRG bei einer unabhängigen Spruchstelle liegt, während die Gemeindeordnung neben der in Art. 70 und 71 GO geregelten Ablösung und Aufhebung von GNRen etwas Derartiges in dieser Form nicht kennt⁴²⁰.

Sinkt bei gemessenen Weiderechten die Zahl der Rechtler, die die Weide nutzen dürfen, so braucht die Gemeinde künftig nur einen entsprechend kleineren Teil der ursprünglich mit NRen belasteten Weidefläche zur Verfügung zu stellen⁴²¹.

4. Umwandlung

Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO verbietet seinem Sinn nach, gemessene NRe in ungemessene NRe umzuwandeln, doch erscheint es umgekehrt zulässig, ungemessene Nutzungsbefugnisse in gemessene abzuändern, sofern die Betroffenen einverstanden sind und die Gemeinde dadurch nicht stärker belastet wird als zuvor. Die sogenannte Festmessung ungemessener NRe auf Grund des Durchschnitts der letzten dreißig Jahre analog der in Art. 14 FRG für Forstrechte vorgesehenen Regelung kann jedoch gegen den Willen der Rechtler aus den gleichen Gründen, aus denen im vorausgegangenen Abschnitt die Anwendbarkeit von Art. 15 FRG verneint wurde, nicht für zulässig erachtet werden⁴²². De lege ferenda wäre allerdings eine dem Art. 14 FRG gleichkommende Bestimmung zu begrüßen.

Sind die NRe eines Ortes dem Umfang nach in verschiedene Klassen abgestuft, so ist eine Beseitigung der Abstufung nur in der Weise denkbar, daß sich sämtliche Rechtler künftig freiwillig mit den Bezügen der untersten Stufe zufriedengeben. Eine Erweiterung der Bezüge der untersten

⁴¹⁷ Näheres siehe oben § 10, II, 2, a

⁴¹⁸ Über Schadensersatzpflicht vgl. oben § 8, B, II, 2, a

⁴¹⁹ Vgl. unten § 13, II. Würde der Ertrag hingegen ausreichen, darf die Gemeinde gemessene NRe nicht herabsetzen, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen

⁴²⁰ A. M. Illig S. 42, 57 und 73, der Art. 15 FRG analog anwenden will

⁴²¹ So VGH 55/85

⁴²² A. M. Illig S. 73

Stufe verstieße hingegen gegen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO. Eine zwangsweise Herabsetzung der Nutzungsbezüge kann nur für alle Rechtlerklassen einheitlich nach Art. 70 oder 71 GO erfolgen⁴²³.

II. Die Beschränkung auf Nutzungen, welche im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung gewonnen werden

Abgesehen von dem Grundsatz, daß die NRe nur zur Deckung des eigenen Bedarfs dienen sollen, wird der Umfang der Nutzung ferner dadurch begrenzt, daß die GNRe grundsätzlich nur Anspruch auf Nutzungen gewähren, welche im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung anfallen; denn die Erhaltung des belasteten Grundstockvermögens (Art. 61 Abs. 1 Satz 1 GO) ist Voraussetzung für den Fortbestand der Nutzung. Diese Beschränkung haftet den GNRen schon seit langer Zeit an; Raubbau war seit Beginn der Neuzeit nirgends mehr erlaubt⁴²⁴. Im einzelnen führt diese Beschränkung dazu, daß bei ungemessenen Nutzungsbefugnissen nur soviel Nutzungen gewonnen und anteilig an die Rechtler verteilt werden dürfen, als den Regeln ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entspricht, und daß bei ausgesprochenen Bedarfsrechten (Bauholzrecht) und gemessenen NRen die Ansprüche der Berechtigten nur dann voll befriedigt werden dürfen, wenn im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung genügend Ertrag angefallen ist. Bauholz kann also z. B. nur dann abgegeben werden, wenn die benötigten Bäume gefällt werden können, ohne die gesunde Forstwirtschaft zu gefährden. Jegliche Nutzung muß eingeschränkt werden, wenn die ordnungsgemäße Bewirtschaftung darunter leiden würde. — Erfordert die gesunde Bewirtschaftung der Nutzungsgrundstücke jedoch, daß die Kulturart als solche geändert wird, so kann dies nur geschehen, wenn die GNRe zuvor nach Art. 71 GO aufgehoben wurden.

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung und insbesondere zur Vornahme der erforderlichen Kulturarbeiten ergibt sich für die Gemeinde aus Art. 61 Abs. 1 Satz 2 GO. Bei landwirtschaftlicher Nutzung wird die Einhaltung dieser Verpflichtung durch die staatlichen Rechtsaufsichtsbehörden gemäß Art. 109 Abs. 1, 110 GO überwacht. Was jedoch die Waldnutzung anbetrifft, ist in Gestalt der staatlichen Forstaufsicht (Art. 1 und 6 ff. FoG) eine verstärkte Garantie dafür gegeben, daß die Grundsätze einer gesunden Forstwirtschaft beachtet werden⁴²⁵. Art. 7 FoG verlangt z. B., daß die Gemeinden Wirtschaftspläne für den Wald aufstellen.

Der Grundsatz, daß Nutzungen nur im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung beansprucht werden dürfen, darf von der Gemeinde nicht zu einer Schmälerung der NRe mißbraucht werden. Bestehen z. B. gemessene

⁴²³ Illig S. 73 hält die Beseitigung bestehender Abstufungen generell für zulässig, sofern die Gemeinde dadurch nicht stärker belastet wird

⁴²⁴ Vgl. Kiefersauer S. 39–40 und Illig S. 42

⁴²⁵ Anfänge einer obrigkeitlichen Forstaufsicht zeigten sich bereits im 17. Jahrhundert, als das Holz allenthalben knapp wurde. Sie fanden ihren Niederschlag in zahlreichen, die Forstwirtschaft in den dörflichen Waldungen regelnden Einzelanordnungen und Waldordnungen. Beispiele solcher Waldordnungen sind bei Bog S. 74 und Hirschmann S. 23–24 erwähnt. Derartige von der Herrschaft erlassene Waldordnungen können, was die Art und Weise der Ausübung der NRe betrifft, die Eigenschaft eines Rechtstitels haben.

HNRe (etwa 6 Ster Holz pro Jahr und pro GNR), so darf die Gemeinde nicht, auch wenn es der gesunden Forstwirtschaft nicht zuwiderliefe, in einem Jahr zur Finanzierung gemeindlicher Vorhaben einen größeren Holzhieb durchführen⁴²⁶, der mit Rücksicht auf die Wiederaufforstung zur Folge haben würde, daß die gesunde Forstwirtschaft in den nächsten Jahren die Gewährung der vollen Rechtsbezüge nicht gestatten würde. Die Gemeinde muß vielmehr von vornherein im Rahmen der Waldbewirtschaftung die Bereitstellung des jährlich an die Rechtler abzugebenden Holzes, soweit das möglich ist, einplanen, weil die GNRe grundsätzlich dem Eigenbedarf der Gemeinde vorgehen.

III. Die Verwendung außerordentlicher Erträge

Besonders im Wald fallen mitunter Erträge an, die nicht mehr im Rahmen ordnungsgemäßer, gesunder Wirtschaft liegen und unter normalen Verhältnissen nicht gewonnen würden. Dies kann durch Naturereignisse wie z. B. Windbruch oder Schädlingsbefall im Gemeindewald⁴²⁷, durch unzulässigen Raubbau⁴²⁸ oder durch Wechsel der Nutzungsart (z. B. Umstellung von Mittel- auf Hochwald) oder anderweitige Verwendung des Nutzungsgrundstücks (als Straßengrund oder Siedlungsgelände) verursacht sein⁴²⁹. Die Frage, ob die grundsätzliche Beschränkung der GNRe auf Erträge, die im Rahmen ordnungsgemäßer, gesunder Bewirtschaftung unter gewöhnlichen Verhältnissen gewonnen werden, dazu führt, daß solche außerordentlichen Erträge stets der Gemeinde gebühren, ist heftig umstritten.

Vor Bildung der politischen Gemeinde bestimmten die nutzungsberechtigten Dorfgenossen in aller Regel selbst von Fall zu Fall über die Verwendung außerordentlicher Erträge des Allmendevermögens. Nach Entstehung der politischen Gemeinde jedoch kann es zwischen dieser und den Rechtlern hierüber häufig zu Streitigkeiten. Die Gemeindegesetzgebung befaßt sich mit diesem Problem nicht. Etwa vorhandene Rechtstitel besagen nur selten etwas darüber, wem außerordentliche Nutzungen zustehen. Da solche außerordentlichen Erträge ihrem Wesen nach nur gelegentlich anfallen, wird sich im allgemeinen mangels ununterbrochener Übung wohl nirgends ein diesbezügliches Herkommen, weder zugunsten der Gemeinde noch zugunsten der Rechtler, gebildet haben, weshalb die Frage nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts der Gemeindenutzungen beantwortet werden muß.

Einige sprechen außergewöhnliche Erträge bei ungemessenen NRen den Rechtlern zu, weil diesen dann jeder natürliche Ertrag gebühre, also nach §§ 99, 100 BGB auch z. B. außerordentlicher Holzanfall; bei gemessenen NRen verbleibe es demgegenüber bei den jährlich feststehenden Anteilen⁴³⁰.

⁴²⁶ Bei ungemessenen HNRe, bei denen der gesamte Holzanfall den Rechtlern gebührt, darf die Gemeinde ohnehin keinen Kahlschlag zugunsten der Gemeindekasse durchführen.

⁴²⁷ Holz, das infolge eines durch Schädlingsbefall verursachten Kahlschlags gefällt wird, wird dadurch, daß der Kahlhieb im Waldwirtschaftsplan vorgesehen ist, noch nicht zum regelmäßigen Ertrag.

⁴²⁸ Ein umfangreicher Holzhieb zugunsten eines dringenden Holzbedarfs kann aber im Einzelfall noch im Rahmen einer gesunden Waldwirtschaft liegen, vgl. oben § 13, II.

⁴²⁹ Über Schadensersatzpflicht siehe oben § 8, B, II, 2, a

⁴³⁰ Vgl. Preger in BlAdmPrax 45/281–282; ferner BayBgm 1935/224 und 1948/282 sowie „Fundstelle“ 1955 Nr. 399 (Kahlhieb für die Anlage einer Straße)

Überwiegend wird jedoch die Ansicht vertreten, außergewöhnliche Erträge müßten stets der Gemeinde zufließen, weil das Gemeindevermögen in seinem Grundstock zu erhalten sei; radizierte GNRe gäben ihrer geschichtlichen Entwicklung zufolge nur Anspruch auf normale wirtschaftliche Ergänzung des berechtigten Anwesens; den Rechtlern falle bei ungemessener Nutzung nur soviel zu, als dem üblichen Jahresbezug entspreche, bei gemessener Nutzung dagegen die jeweils feststehende Menge; eine andere Regelung widerspräche dem Wesen der GNRe⁴³¹.

Dem kann nicht in allem gefolgt werden, vielmehr verdient grundsätzlich die erstgenannte Ansicht, die außergewöhnliche Erträge den Rechtlern zuspricht, den Vorzug. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum die Rechtler bei ungemessenen NRen, bei denen ihnen an sich der gesamte Ertrag gebührt, leer ausgehen sollten, wenn der Ertrag, der unter normalen Verhältnissen nach und nach im Laufe mehrerer Jahre an sie verteilt würde, infolge außergewöhnlicher Umstände auf einmal anfällt. Der Grundsatz, daß niemand mehr beanspruchen darf, als er zur Deckung seines Eigenbedarfes benötigt, wird hierdurch nicht durchbrochen, denn es muß berücksichtigt werden, daß die Rechtler, nachdem sie in einem Jahr durch unvorhergesehene Umstände ein Übermaß an Nutzung bezogen haben, mehrere Jahre lang, bis die Nutzungsfläche sich wieder erholt hat, keine oder nur geringe Erträge erhalten und ihren Bedarf dann nicht decken können. Der Grundsatz, daß Nutzungen nur im Rahmen ordnungsgemäßer, gesunder Bewirtschaftung beansprucht werden dürfen, steht gleichfalls nicht entgegen, denn er besagt nur, daß die Befriedigung der aus den GNRen entspringenden Ansprüche niemals zu Raubbau führen darf, sagt aber nichts darüber, wem die Nutzungen, die gleichwohl außer dem üblichen Rahmen anfielen, zukommen.

Sind die GNRe ihrem Umfang nach gemessen, so gebührt der außerordentliche Ertrag der Gemeinde, wenn die Weitergewährung der gemessenen Rechtsbezüge aus der restlichen, von dem außergewöhnlichen Anfall nicht betroffenen Nutzungsfläche für das laufende und die folgenden Jahre gesichert erscheint. Ist dies hingegen nicht der Fall, so können die Rechtler zumindestens verlangen, daß ihnen von dem angefallenen außergewöhnlichen Ertrag soviel überlassen wird, als ihnen unter normalen Verhältnissen an Nutzung im Rahmen ihrer festliegenden Anteile aus der von dem außergewöhnlichen Anfall betroffenen Nutzungsfläche zugestanden hätte⁴³². Darüber hinaus sind die Inhaber gemessener HNRe, soweit die Gewährung der Rechtsbezüge aus der nichtbetroffenen Nutzungsfläche in den nächsten Jahren voraussichtlich nicht möglich sein wird, berechtigt und – wenn es im Interesse der Gemeinde liegt – unter Umständen sogar analog Art. 4 Abs. 3 FRG verpflichtet, ihre Holzrechtsbezüge aus dem außerordentlichen Anfall im voraus bis zu höchstens fünf Jahresbezügen entgegenzunehmen⁴³³. Dies setzt allerdings voraus, daß die betroffene Nutzungsfläche

⁴³¹ Vgl. Kahr, Anm. 16, d zu Art. 32 GO 1869, und Illig S. 56–57

⁴³² Ein Walldistrikt, aus dem die Rechtsbezüge für das laufende Jahr entnommen werden sollten, muß z. B. wegen Windbruchs kahlgeschlagen werden.

⁴³³ Vgl. im übrigen § 1039 BGB (übermäßige Fruchtziehung bei Nießbrauch), den VGH 29/61 ff. für das NR eines Pfarrers heranzieht

weiterhin, sobald sie sich wieder erholt hat, der Nutzung zur Verfügung steht. Scheidet die betroffene Nutzungsfläche aber in Zukunft ganz aus der Nutzung aus⁴³⁴, so erfahren gemessene NRe eine entsprechende anteilige Kürzung⁴³⁵, so daß eine Vorausgewährung künftiger Bezüge aus der ausscheidenden Fläche nicht in Frage kommt.

In jedem Fall, ob es sich um ungemessene oder gemessene NRe handelt, kann die Gemeinde von dem auf die Rechtler treffenden Teil eines außergewöhnlichen Holzanfalls soviel zurückbehalten, als erforderlich ist, um mit dem Verkaufserlös daraus die gemäß Art. 69 Abs. 1 GO von den Rechtlern zu tragenden Kosten der Wiederaufforstung zu decken – es sei denn, die Rechtler leisten für diese Kosten Sicherheit. Kommt eine Wiederaufforstung wegen anderweitiger Verwendung des Geländes nicht in Betracht, so müssen sich die Rechtler die aus einem vorausgegangenen Kahlschlag erhaltene Holzmenge auf ihre Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche anrechnen lassen⁴³⁶.

Bauholz kann auch bei außerordentlichem Holzanfall nur insoweit beansprucht werden, als ein Baufall bereits eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht.

§ 14 Gemeindenutzungsrechte unterliegen Beschränkungen in der Verwendung der Nutzungen

Zum Wesen der GNRe gehört, daß die Rechtler in der Verwendung der bezogenen Nutzungen nicht völlig frei sind. Wie weit im Einzelfall Beschränkungen bestehen, ist jedoch häufig umstritten.

I. Der Grundsatz unmittelbarer Verwendung im eigenen Anwesen

Ursprünglich waren die Nutzungen, weil sie den Bedarf der bäuerlichen Anwesen decken sollten, grundsätzlich in natura unmittelbar im eigenen Anwesen zu verwenden. Es war nicht gestattet, damit Handel zu treiben. Eine Ausnahme machten nur Feldfrüchte, die von jeher zum teilweisen Verkauf bestimmt waren.

In der Gegenwart gilt dieser Grundsatz jedoch nur noch in sehr beschränktem Umfang fort:

Bauholz muß im allgemeinen innerhalb angemessener Zeit im eigenen Anwesen verbaut werden⁴³⁷; es darf weder zu Bauten auf einer anderen Haus- und Hofstätte verwendet⁴³⁸ noch zu Brennholz aufgearbeitet oder Verkauf bestimmt waren.

In manchen Gemeinden hat sich auf Grund eines Titels oder Herkommens auch für andere Nutzungen (z. B. Brennholz, Streu, Gras, Heu) ausnahmsweise der Grundsatz erhalten, daß ein Verkauf nach auswärts oder die Ver-

⁴³⁴ Z. B. durch Veräußerung; über Schadensersatz vgl. § 8, B, II, 2, a

⁴³⁵ Siehe oben § 13, I, 3, b (gemessene NRe)

⁴³⁶ Vgl. „Fundstelle“ 1955 Nr. 399 sowie oben § 8, B, II, 2, a

⁴³⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 FRG

⁴³⁸ Vgl. VGH 17/189–190 und Illig S. 16–17

wendung in einem anderen als dem berechtigten Anwesen unstatthaft ist⁴³⁹ und daß das GNR als solches nicht einem anderen zur Ausübung überlassen werden darf.

Bei Weiderechten verlangen Titel oder Herkommen mitunter noch, daß die Weide nur mit Vieh des eigenen Anwesens ausgeübt werden darf⁴⁴⁰.

II. Zulässigkeit anderweitiger Verwertung der Nutzungen

1. Umstellungen in der Land- und Forstwirtschaft

In früheren Zeiten lieferte der Wald der bauerlichen Bevölkerung das Holz für Bauten, Heizung, Hausrat und Gebrauchsgegenstände, während das Holz in neuerer Zeit mehr und mehr an die Industrie verkauft wird, weil die Bauern nicht mehr im selben Umfang wie einst auf den Naturalbezug angewiesen sind. Für Bauwerke werden zunehmend andere Baustoffe als Holz verwendet; die Heizung wird vielfach auf Kohle, Öl oder Strom umgestellt. Andererseits ist die lebenswichtige Modernisierung der landwirtschaftlichen Betriebe sehr kostspielig. Aus diesen Gründen ist den meisten Rechtlern heute daran gelegen, die Nutzungen nach erfolgter Zuteilung zu Geld zu machen, statt sie in natura im eigenen Anwesen zu verbrauchen.

2. Einfluß dieser Veränderungen auf die Verwendung der Nutzungen

Diese Entwicklung, die sich schon im 19. Jahrhundert bemerkbar machte, führte dazu, daß in den meisten Gemeinden die anderweitige Verwendung, besonders der Verkauf der bezogenen Nutzungen – Bauholz ausgenommen – herkömmlich für zulässig angesehen wurde und in der Tat auch erfolgte, so daß diese Handhabung außer bei Bauholz zur Regel wurde.

Man wird deshalb sagen können, daß der freie Verkauf der zugeteilten Nutzungen außer bei Bauholz immer dann zulässig ist, wenn Titel oder Herkommen nichts anderes bestimmen⁴⁴¹. Ein erst in der Gegenwart durch die Gemeinde ausgesprochenes Verkaufsverbot ist folglich im Zweifel unwirksam. Bei Weiderechten hingegen läßt sich hinsichtlich der Frage, ob nur Vieh des eigenen Anwesens weiden oder ob die Weideberechtigung auch in anderer Weise ausgeübt werden darf, z. B. einem anderen gegen Entgelt zur Ausübung überlassen werden darf, keine allgemeine Regel aufstellen.

Unter diesen Umständen bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß die Gemeinde von vornherein die Nutzungen, statt sie in natura zu verteilen, zugunsten der Rechtler veräußert und dann nur den Erlös verteilt⁴⁴².

Auch die Überlassung des GNR zur Ausübung an einen anderen ist – von Weiderechten abgesehen – im Zweifel statthaft, ja die Nutzung kann sogar durch Testament vorübergehend den Armen vermacht werden⁴⁴³.

439 Vgl. VGH 17/189–190 (für Streu) und Georg Schmidt S. 21 (Holz aus dem Nürnberger Reichswald durfte nach der Brandenburgischen Waldordnung von 1535 von den Rechtlern nicht nach auswärts verkauft werden)

440 Vgl. Meisner S. 445

441 Vgl. VGH n. F. 13/113 und „Fundstelle“ 1961 Nr. 218

442 Vgl. oben § 8, A, I, 3

443 So VGH 50/104

III. Die überwiegende Verwendung der Nutzungen zu land- und hauswirtschaftlichen Zwecken

Früher, als die Nutzungen grundsätzlich noch in natura im eigenen Anwesen verwendet werden mußten, geschah ihre Verwendung fast ausschließlich zu land- und hauswirtschaftlichen Zwecken, weshalb mitunter angenommen wird, die Verwendung der bezogenen Nutzungen dürfe auch heute nur zu solchen, nicht aber zu gewerblichen Zwecken erfolgen⁴⁴⁴. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigeprlichtet werden, auch wenn zuzugeben ist, daß das Wesen der GNRe in gewisser Weise dadurch gekennzeichnet wird, daß die Nutzungen zur haus- und landwirtschaftlichen Verwendung gedacht sind und auch überwiegend dazu dienen⁴⁴⁵. Wenn die Nutzungen nämlich – von Bauholz abgesehen – in aller Regel nach ihrem Empfang durch Verkauf zu Geld gemacht werden dürfen, dann muß es im Zweifel, falls Titel oder Herkunft nichts anderes bestimmen, auch zulässig sein, sie im eigenen Anwesen gewerblichen Zwecken zuzuführen, zumal auch in diesem Fall der Sachwert der Nutzungen eine wirtschaftliche Ergänzung des Anwesens, in dem der Betrieb ausgeübt wird, bildet. Viele Rechtler haben z. B. die Landwirtschaft längst aufgegeben und sind Handwerker oder Gewerbetreibende geworden, ohne deswegen ihr GNR zu verlieren⁴⁴⁶. Ist ein Rechtler etwa Zimmermann oder Tischler, so ist es ihm folglich nicht verwehrt, bezogenes Holz, falls es sich dazu eignet, in seinem Handwerksbetrieb zu verarbeiten, statt es als Brennholz zu verwenden oder zu veräußern, sofern nicht Titel oder Herkunft im Einzelfall eine derartige Verwendung ausdrücklich untersagen.

ff 15 Gemeindenutzungsrechte unterliegen dem Rechtsverkehr

Die Verwandtschaft der GNRe mit den dinglichen Rechten des bürgerlichen Rechts zeigt sich unter anderem darin, daß sie ihrem Wesen nach wie diese dem Rechtsverkehr unterliegen, insbesondere ihren Träger wechseln können.

I. Übertragung von GNRen

1. Begriff

a) Echte Übertragung

Übertragung bedeutet Wechsel des Rechtsträgers, mithin bei radierten GNRen die Loslösung vom bisherigen und Verbindung mit einem anderen Anwesen – gehört dieses demselben Eigentümer, so spricht man von Verlegung des NRes – und bei persönlichen NRen die Übertragung auf eine andere Person.

Unter den Begriff „Übertragung“ fällt auch die sogenannte *Häufung*, d. h. die Übertragung eines ganzen oder Bruchteils-NRes auf ein anderes

⁴⁴⁴ Vgl. die Formulierung bei Helmreich-Widmann. Aus der Entscheidung VGH 38/65, die gelegentlich in diesem Zusammenhang zitiert wird, läßt sich ein Verbot, die Nutzungen zu anderen als haus- oder landwirtschaftlichen Zwecken zu verwenden, nicht entnehmen.

⁴⁴⁵ Vgl. Mang (Heigl) S. 273

⁴⁴⁶ So VGH 27/46 und Illig S. 73

Anwesen, auf dem schon ein NR oder ein Teil eines solchen ruht (Bruchteilsrechte bleiben in diesem Fall getrennt, zwei halbe Rechte vereinigen sich nicht zu einem ganzen)⁴⁴⁷.

Zerstückelung nennt man im Gegensatz hierzu eine Übertragung, bei der nicht das ganze GNR verpflanzt, sondern das Vollrecht in Bruchteile zerlegt und nur ein Teil davon übertragen wird⁴⁴⁸.

b) Unechte Übertragung

Geht bei radizierten GNRe das Anwesen, auf dem das NR ruht, durch Erbgang, Veräußerung, Versteigerung oder in sonstiger Weise auf einen anderen Eigentümer über, so ist die Haus- und Hofstätte als Rechtssubjekt nach wie vor dieselbe; ein Fall echter Übertragung liegt nicht vor; der neue Hofeigentümer wird automatisch Rechtler⁴⁴⁹.

Eine echte Übertragung liegt ferner dann nicht vor, wenn das radizierte NR räumlich auf einen Teil der Haus- und Hofstätte eingeeengt wird⁴⁵⁰ oder wenn das Wohnhaus nach Zerstörung oder Abbruch an der gleichen Stelle wiederaufgebaut wird.

Von unechter Häufung spricht man dann, wenn jemandem mehrere Hofstätten, auf denen GNRe ruhen, gehören oder wenn zwei berechnigte Anwesen nach § 890 BGB zu einem Grundstück vereinigt werden. In diesen Fällen bleiben die NRe räumlich getrennt, auch wenn sie sich in der Hand desselben Eigentümers befinden⁴⁵¹.

2. Übertragbarkeit radizierter GNRe vor 1952

Als sich zu Beginn der Neuzeit ein geschlossener Kreis von Rechtlern gebildet hatte, setzte sich mehr und mehr die Überzeugung durch, daß GNRe übertragbar seien⁴⁵². Wo Übertragung als zulässig angesehen wurde, erforderte sie jedoch fast stets die Zustimmung der mitberechtigten Dorfgenossen.

Die Gemeindeedikte von 1808 und 1818/34 enthielten keine Bestimmungen über die Übertragung von GNRe, was zu Unsicherheit führte. Eine Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 12. 11. 1839⁴⁵³ stellte klar, daß wegen der Markungsgebundenheit der GNRe jedenfalls die Übertragung in eine fremde Gemarkung nicht möglich sei. Der VGH hielt ursprünglich⁴⁵⁴ die Übertragung radizierter NRe innerhalb der Gemarkung nur bei Nachweis entsprechenden Herkommens vor 1818 für zulässig, ließ diese Voraussetzung aber in der Plenarentscheidung vom 16. 1. 1895 fallen und sprach sich für grundsätzliche Zulässigkeit von Übertragungen unter der Herrschaft der erwähnten Gemeindeedikte aus, falls die Übertragung auf eine bewohnte Haus- und Hofstätte der gleichen Gemarkung erfolgte

⁴⁴⁷ Vgl. VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/279, VGH n. F. 11/132 (Häufung als Sonderfall der Übertragung) und Illig S. 93

⁴⁴⁸ Vgl. VGH n. F. 11/132

⁴⁴⁹ Vgl. VGH n. F. 11/132 und Illig S. 78; vgl. ferner § 96 BGB

⁴⁵⁰ Vgl. VGH 14/265 und Illig S. 91 sowie oben § 4, III, 2, a

⁴⁵¹ Vgl. Illig S. 94

⁴⁵² Vgl. VGH 16/7

⁴⁵³ Zitiert bei Kahr, Anm. 1 zu Art. 33 GO 1869, und in BVBl. 1964/7

⁴⁵⁴ So noch VGH 8/85, 11/464, 12/170 und 13/270; vgl. BVBl. 1964/7

und die Gemeinde als Nachfolgerin der alten Rechtlergenossenschaft, die ursprünglich das Nutzungsrecht eingeräumt habe, zustimmte⁴⁵⁵. Soweit die Übertragung zu vermehrter Belastung der Gemeinde führen konnte, wurde auch die Zustimmung der Aufsichtsbehörde für notwendig erachtet⁴⁵⁶.

Die GO 1869 befaßte sich erstmals ausdrücklich mit der Übertragung von GNRe. Art. 33 Abs. 1 GO bestimmte in seiner anfänglichen Fassung:

„Auf den Gemeindeverband sich gründende Rechte auf Gemeindennutzungen, die auf einem Haus oder Grundstück ruhen, dürfen hiervon nicht getrennt werden.“

Durch Gesetz vom 14. 3. 1890 (GVBl. S. 111) wurde Art. 33 jedoch, dem Druck der eingewurzelten Rechtsüberzeugung folgend, insofern geändert, als in Abs. 1 die Worte „in der Regel“ eingefügt wurden und ein 2. Absatz eingeschoben wurde, der besagte:

„Ausnahmsweise kann aus wichtigen Gründen die Übertragung auf ein innerhalb derselben Gemeindegemarkung gelegenes Haus mit Zustimmung der Gemeindevertretung durch die der Gemeinde vorgesetzte Verwaltungsbehörde gestattet werden. Eine Häufung von NRe, wodurch mit einem Haus mehr als ein volles NR verbunden wird, dgl. die Zerstückelung eines NRe in Bruchteile kann nur von dem Staatsministerium des Innern gestattet werden.“

Abs. 4 lautete:

„Wird ein Haus, auf welchem ein oder mehrere GNRe ruhen, durch Brand oder ein anderes Naturereignis zerstört oder abgebrochen oder für einen öffentlichen Zweck abgetreten und wird die bisherige Wohnstätte auf einem anderen Grundstück des Berechtigten, welches in derselben Gemeindegemarkung gelegen und mit welchem ein NR nicht verbunden ist, wieder aufgerichtet, so ist die Übertragung der auf dem bisher berechtigten Hause haftenden NRe auf das neue Haus durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zu gestatten. Der gemeindlichen Zustimmung bedarf es in diesem Falle nicht.“

Abs. 6 bestimmte Entsprechendes für NRe am Ortschaftsvermögen.

Übertragungen vor 1922, die mangels Zustimmung der zuständigen Organe unwirksam waren, erlangten oft dadurch tatsächliche Wirksamkeit, daß sich zugunsten der Hofstätte, auf die das NR übertragen worden war, rechtsbegründetes Herkommen bildete⁴⁵⁷.

An die Regelung von 1869/90 anknüpfend, bestimmte sodann Art. 36 GO 1927 (= § 6 AnglVO):

Abs. 1:

„Ein NR, das auf einem Haus oder Grundstück ruht, kann nur ausnahmsweise aus wichtigem Grund auf ein Wohnhaus der gleichen Gemeinde übertragen werden. Die Übertragung bedarf der Genehmigung der Gemeinde und der Aufsichtsbehörde.“

⁴⁵⁵ VGH 16/1 ff., besonders 16/8 (vgl. auch Mörtel in BVBl. 1964/7), auf die Rechtslage bis 1869 abstellend

⁴⁵⁶ So VGH 16/5–6 und VGH 46/45

⁴⁵⁷ So VGH 51/158

Abs. 2:

„..... (Rechtsmittel)“

Abs. 3:

„Die Übertragung bedarf der Genehmigung nicht und ist von der Aufsichtsbehörde zu gestatten, wenn das Haus, auf dem das NR ruht, durch Brand oder Naturereignis zerstört oder abgebrochen oder für einen öffentlichen Zweck abgetreten wird und das Recht auf ein in der gleichen Gemeinde neu errichtetes Wohnhaus des Berechtigten übertragen werden soll.“

Abs. 4:

„Die Häufung von mehr als einem vollen NR auf ein Wohnhaus oder die Zerstückelung eines Rechtes bedarf der Genehmigung der Kreisregierung.“

Mit dem Ausdruck „Übertragung auf ein Wohnhaus der gleichen Gemeinde“ meinte die GO 1927 die Ortsgemarkung, in der die NRe wurzeln und die sich, wenn mehrere ehemalige Ortschaften eine Gemeinde bilden, nicht mit der Gemarkung der politischen Gemeinde deckt⁴⁵⁸.

3. Übertragbarkeit radizierter GNRe nach 1952

Die GO 1952 regelt in Art. 68 Abs. 1 Satz 2 und 3 nur noch die Zerstückelung von NRen als Sonderfall der Übertragung, während sie über Zulässigkeit und Form der gewöhnlichen Übertragung und der Häufung von NRen nichts aussagt. Die Bestimmung im Regierungsentwurf, wonach Übertragung und Häufung nur ausnahmsweise aus wichtigem Grund und mit Zustimmung des Gemeinderats erfolgen durften, wurde auf den Hinweis des Berichterstatters hin, daß beim Übergang des Anwesens von einer Hand in die andere das NR von selbst mitübergehe, auch wenn die Gemeinde nicht zustimme, gestrichen, obwohl dieser Hinweis nur die unechte Übertragung betraf⁴⁵⁹.

a) Übertragung und Häufung

aa) Zulässigkeit im allgemeinen

Darüber, daß Übertragung und Häufung trotz Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung weiterhin zulässig sind, herrscht heute weitgehend Einigkeit⁴⁶⁰, da die gesetzlich geregelte Zerstückelung von NRen die Zulässigkeit der Übertragung voraussetzt⁴⁶¹. Ferner sind sich Rechtsprechung und Praxis darin einig, daß eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde derzeit nicht erforderlich ist, da eine solche Genehmigung auch bei der in Art. 68 Abs. 1 Satz 2 und 3 GO geregelten Zerstückelung von NRen nicht vorgesehen ist⁴⁶².

⁴⁵⁸ Näheres über den Begriff „Gemarkung“ siehe oben § 4, II, 1

⁴⁵⁹ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Illig S. 85–87

⁴⁶⁰ Vgl. VGH n. F. 11/134, Hölzl-Rollwagen, Anm. II, 3 zu Art. 68 GO, und Illig S. 86, ebenso Illig in BayBgm 1953/29 ff.; a. M. nur Heuser-Semmler, Gemeindeordnung 1952, 1. Auflage, München 1952, Anm. 7 zu Art. 68 GO

⁴⁶¹ Die von Mörtel in BVBl. 1964/42 vertretene Ansicht, daß die Gegenmeinung den Grundsätzen der Logik ebenso entspreche, berücksichtigt nicht, daß die gesetzlich geregelte Zerstückelung die Übertragbarkeit voraussetzt.

⁴⁶² Vgl. VGH n. F. 11/130 sowie Mörtel in BVBl. 1964/42

Auf ein in fremder Gemarkung liegendes Anwesen dürfen NRe freilich auch heute nicht übertragen werden⁴⁶³. Außerdem darf ein radiziertes NR nur auf ein Wohnhaus – allenfalls noch auf einen Bauplatz, der alsbald bebaut wird –, aber nie auf ein Nebengebäude oder auf ein unbebautes, nicht als Bauplatz dienendes Grundstück und nie als waldendes, von jeder Bindung an ein Grundstück befreites NR übertragen werden⁴⁶⁴.

bb) Zulässigkeitsvoraussetzungen im einzelnen

Unmittelbar nach Inkrafttreten der GO 1952 wurde die Meinung laut, einfache Übertragung und Häufung seien nach wie vor nur ausnahmsweise aus wichtigem Grund und mit Zustimmung der Gemeindevertretung zuzulassen; der Regierungsentwurf der GO sei nämlich davon ausgegangen, daß im wesentlichen die bisherige Regelung übernommen werde. Die Fälle der Hofübertragung, die man bei Streichung der im ursprünglichen Entwurf enthaltenen Bestimmungen über Übertragung und Häufung im Auge gehabt habe, hätten als bürgerlich-rechtliche Rechtsvorgänge mit der echten Übertragung nichts zu tun. Es könne der Gemeinde nicht gleichgültig sein, wer die Nutzungen von ihr fordere. Unkontrollierte Übertragung könne leicht zum Untergang des NRes führen, so z. B. bei dem Versuch, es auf ein Anwesen außerhalb der Gemarkung zu übertragen⁴⁶⁵.

Allmählich setzte sich demgegenüber die Auffassung durch, daß einfache Übertragung und Häufung von GNRes im Gegensatz zu früher heute aus jedem Grunde und nicht mehr nur in Ausnahmefällen erfolgen können und keiner Zustimmung der Gemeinde oder der Mitrechtler bedürfen, weil das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsehe⁴⁶⁶. Die im Gesetz für die Zerstückelung getroffene positive Regelung schließe die Annahme aus, daß der Gesetzgeber eine solche Regelung auch für die anderen Übertragungsfälle habe treffen wollen. Die einfache Übertragung und Häufung analog Art. 68 Abs. 1 Satz 2 und 3 GO zu behandeln, stelle unzulässige Gesetzesänderung dar⁴⁶⁷. Gegenüber der früheren Rechtsauffassung komme der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung der Vorrang zu. Die Gründe, aus denen heraus die früheren Gemeindeordnungen die Zustimmung der Gemeinde und die Beschränkung auf Ausnahmefälle aus wichtigem Grund vorgeschrieben hätten, seien daher für den heutigen Rechtszustand ohne Bedeutung. Das Erfordernis der gemeindlichen Zustimmung zur einfachen Übertragung und Häufung sei seit 1890 in der jeweiligen Gemeindeordnung verankert gewesen, es gehe daher nicht an, es auch heute noch zur Voraussetzung zu machen, obwohl die GO 1952 eine entsprechende Bestimmung nicht mehr enthalte.

Gegen diese, gegenwärtig herrschende liberale Auffassung erhebt neuerdings Mörtel⁴⁶⁸ als Verfechter der gegenteiligen, als konservativ zu bezeichnenden Auffassung starke Bedenken. Er ist der Ansicht, daß die freie

⁴⁶³ Vgl. VGH 16/5 und VGH n. F. 2/4

⁴⁶⁴ Vgl. VGH 15/193 und 33/245

⁴⁶⁵ So Mang (Heigl) S. 275 und seinerzeit noch Illig S. 86–87, ebenso Illig in BayBgm 1953/29 ff., 65 unter Hinweis auf VGH 16/1–8

⁴⁶⁶ So VGH n. F. 11/135–137; ferner Helmreich-Widtmann, Anm. 11 zu Art. 68 GO; Hölzl-Rollwagen, Anm. II, 3 zu Art. 68 GO; Masson, Anm. 3 zu Art. 68 GO, und IME vom 11. 3. 1959 (MABl. 1959/276)

⁴⁶⁷ Vgl. VGH vom 30. 10. 1958 in „Fundstelle“ 1959 Nr. 6

⁴⁶⁸ BVBl. 1964/7–10, 42–46 und 74–79

Übertragbarkeit von GNRe auf jedes beliebige Wohnhaus derselben Gemarkung dem Wesen der GNRe zuwiderlaufe. Tragende Grundsätze des Instituts der GNRe erfordern es seiner Meinung nach, die einfache Übertragung und Häufung von GNRe nach wie vor von der Zustimmung des Gemeinderates und dem Vorliegen eines wichtigen Ausnahmegrundes abhängig zu machen.

Zur Begründung seiner Auffassung stützt sich Mörtel auf folgende Gesichtspunkte und Überlegungen:

Da eine Regelung für die einfache Übertragung und Häufung in der GO 1952 nur irrtümlich unterblieben sei, müsse davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber dort, wo er keine positive Regelung getroffen habe, das überkommene, der bisherigen Rechtsauffassung und den tragenden Grundsätzen des Instituts der GNRe entsprechende Recht fortgelten lassen wollte. Der Fall der Zerstückelung sei lediglich besonders hervorgehoben worden⁴⁶⁹. Nach ständiger Rechtsprechung des VGH⁴⁷⁰ seien die GNRe grundsätzlich an die bäuerliche Wirtschaft gebunden und dazu bestimmt, den bäuerlichen Betrieb einer bestimmten Haus- und Hofstätte wirtschaftlich zu ergänzen⁴⁷¹. Diesem Grundsatz würde es zuwiderlaufen, wenn NR frei auf ein beliebiges Wohnhaus derselben Gemarkung übertragen werden könnten, da ohne Beschränkung der Übertragung und Häufung auf Ausnahmefälle aus wichtigem Grund keine Gewähr mehr gegeben sei, daß das NR auch in der Hand des Erwerbers der wirtschaftlichen Ergänzung des bäuerlichen Betriebes einer bestimmten Haus- und Hofstätte diene. Die Liberalisierung der Übertragung müsse notwendig dazu führen, daß der für das Wesen der GNRe kennzeichnende Grundsatz, daß GNRe dem wirtschaftlichen Betrieb einer Haus- und Hofstätte zu dienen bestimmt seien, fallengelassen werde. Die unausbleibliche Folge hiervon sein eine Mobilisierung der GNRe durch Kauf und Häufung zu gewinnsüchtigen Zwecken z. B. durch Nichtlandwirte oder sogar durch juristische Personen, wodurch die Existenz mancher bäuerlicher Betriebe gefährdet werde. Wenn die GNRe schon innerhalb einer Gemeinde zur bloßen Handelsware würden, sei zu fürchten, daß unter Berufung auf die Erfordernisse der freien Wirtschaft auch der Grundsatz der Markungsgebundenheit der NR preisgegeben und damit der Fortbestand der gesamten Einrichtung der GNRe überhaupt in Frage gestellt werde⁴⁷². Auch der Grundsatz der möglichststen Erhaltung der althergebrachten Verbindung der GNRe mit bestimmten Anwesen erfordere eine Beschränkung der Übertragung und Häufung⁴⁷³. Nachdem die amtliche Begründung zum Entwurf der GO 1952⁴⁷⁴ die große wirtschaftliche Bedeutung der GNRe für kleinere und mittlere landwirtschaftliche Betriebe hervorgehoben habe, wäre es ein Widerspruch hierzu, wenn der Gesetzgeber in Art. 68 Abs. 1 GO die Möglichkeit eröffnet hätte, landwirtschaftliche An-

⁴⁶⁹ Mörtel in BVBl. 1964/76

⁴⁷⁰ Mörtel verweist insoweit auf VGH 14/268 und 16/7, aber auch auf VGH 17/189, 192, wo gesagt ist, daß jedenfalls Streu und Bauholz nur im eigenen Anwesen verwendet werden dürfen

⁴⁷¹ Mörtel in BVBl. 1964/9, 43–46 und 74–75

⁴⁷² Mörtel in BVBl. 1964/9, 43 und 75–77

⁴⁷³ Mörtel in BVBl. 1964/9, 43–44

⁴⁷⁴ Teilweise abgedruckt bei Helmreich-Widtmann, Vorbem. vor Art. 68 ff. GO

wesen durch der Privatwillkür überlassene Verfügungsgeschäfte ihrer notwendigen Ergänzung zu berauben⁴⁷⁵. Bei willkürlicher Übertragbarkeit könne ferner dem Grundsatz nicht mehr Rechnung getragen werden, daß die GNRe ihrer geschichtlichen Entwicklung nach grundsätzlich auf den land- und hauswirtschaftlichen Bedarf eines bestimmten Anwesens beschränkt seien⁴⁷⁶. Was die Häufung anbetreffe, so habe schon Art. 33 n. F. GO 1869 und Art. 36 GO 1927 die Häufung als ebenso unerwünscht und gefährlich wie die Zerstückelung angesehen und dieser gleich behandelt⁴⁷⁷. Nachdem hinsichtlich der Grundsätze über die Markungsgebundenheit und Radizierung der NRe auf bestimmten Anwesen auf das frühere Recht zurückgegriffen werde, sei nicht einzusehen, weshalb nicht auch im übrigen für Übertragung und Häufung auf die vor 1952 als selbstverständlich erachteten Voraussetzungen zurückgegangen werde⁴⁷⁸.

Die Gemeinde müsse zustimmen, weil das Nutzungsrechtsverhältnis als ein dem öffentlichen Recht angehörendes Verhältnis nicht ohne einen obrigkeitlichen Akt auf einen anderen übergehen könne⁴⁷⁹. Berücksichtigt müsse auch werden, daß die GNRe auf ursprüngliche Einräumung durch die Gemeinde zurückzuführen seien und die Gemeinde Eigentümerin der nutzungsbelasteten Grundstücke sei⁴⁸⁰. Die GNRe seien zu Anfang nicht nur als Bestandteil, sondern sogar als notwendige Ergänzung der bäuerlichen Anwesen betrachtet worden, weshalb Übertragung und Häufung als Durchbrechung der bisherigen Ordnung nicht dem Belieben einzelner überlassen bleiben dürften, sondern von der Zustimmung der Gesamtheit – heute also der Gemeindevertretung – abhängig zu machen seien. Dies ergebe sich auch aus der Verwurzelung der NRe im Gemeindeverband⁴⁸¹. Seit 1818 sei die Zustimmung der Gemeinde als unabdingbares Erfordernis angesehen worden⁴⁸². Die Gemeinde müsse die Möglichkeit haben, darüber zu wachen, daß die Nutzungsberechtigten keinen Rechtsverlust durch übereilte Übertragungsgeschäfte erleiden. Schließlich blieben bei Wegfall des Erfordernisses der gemeindlichen Zustimmung manche Nutzungsberechtigungen mindestens zeitweise anonym.

Auf Grund dieser Erwägungen gelangt Mörtel zu dem Schluß, daß die Grundgedanken der früheren Regelung auch heute Geltung beanspruchen können und die sachlichen Voraussetzungen der einfachen Übertragung und Häufung (vom Wegfall einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde und – bei der Häufung – der Regierung abgesehen) unverändert geblieben sind.

Die Argumente, mit denen Mörtel gegen eine Liberalisierung der GNRe ankämpft, erscheinen de lege ferenda durchaus beachtlich, vermögen aber angesichts des Wortlauts von Art. 68 Abs. 1 GO nicht davon zu überzeugen, daß – im Widerspruch zur herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und

475 Mörtel in BVBl. 1964/75

476 Mörtel in BVBl. 1964/43–45 unter Hinweis auf VGH in BayGemVZ 1924/70 und Illig in BayGemVZ 1937/494 Anm. 6

477 Mörtel in BVBl. 1964/45 und 76

478 Mörtel in BVBl. 1964/74–76 unter Hinweis auf VGH n. F. 11/130 und VGH vom 13. 2. 1958 in BVBl. 1958/278

479 Mörtel in BVBl. 1964/78 unter Hinweis auf VGH 16/1

480 Mörtel in BVBl. 1964/8–9 unter Hinweis auf VGH 16/8

481 Mörtel in BVBl. 1964/8, 43 und 77 unter Hinweis auf VGH 16/8

482 Mörtel in BVBl. 1964/9–10, 44

Praxis – die einfache Übertragung und Häufung von GNRe nach heutigem Recht von der Zustimmung des Gemeinderats und dem Vorliegen eines Ausnahmefalles und eines wichtigen Grundes abhängig zu machen seien.

Auch wenn feststeht, daß der Gesetzgeber sich 1952 bei der Formulierung von Art. 68 Abs. 1 GO mit dem eigentlichen Problem überhaupt nicht befaßt hat, folgt daraus noch nicht, daß er Übertragung und Häufung unter teilweiser Aufrechterhaltung des früheren Rechtszustands von denselben Voraussetzungen wie die – von ihm ausdrücklich geregelte – Zerstückelung abhängig machen wollte. Die Zerstückelung wurde nämlich 1952 insofern abweichend von Art. 36 GO 1927 geregelt, als das Erfordernis einer Genehmigung der Regierung fallengelassen wurde. Angesichts dieser mit dem bisherigen Recht nicht übereinstimmenden Regelung für die Zerstückelung ergibt sich jedenfalls nicht zwingend der Schluß, daß die Voraussetzungen der gemeindlichen Zustimmung und eines Ausnahmefalles aus wichtigem Grund für die Übertragung und Häufung beibehalten worden seien, denn es bliebe in diesem Fall offen, ob auch die übrigen, in Art. 36 GO 1927 für Übertragung und Häufung getroffenen Bestimmungen (Genehmigung der Aufsichtsbehörde bzw. der Regierung) weiterhin anzuwenden seien.

Der Hinweis Mörtels auf die Bindung der NRe an die bäuerliche Wirtschaft steht der liberalen Auffassung nicht entgegen. Schon im 19. Jahrhundert setzte sich nämlich in den meisten Gemeinden die Rechtsauffassung durch, daß es nicht zum Wesen eines GNRes gehöre, daß im berechtigten Anwesen Landwirtschaft betrieben werden müsse, sofern nicht aus der Natur der Nutzungsbefugnis (z. B. Weidebefugnis) oder aus dem Herkommen sich im Einzelfall etwas anderes ergibt⁴⁸³. Im übrigen stellt jedes GNR einen wirtschaftlichen Wert dar. Da es seinem Wesen nach immer nur auf ein Wohnhaus übertragen werden kann, ändert sich auch bei freier Übertragbarkeit innerhalb der Gemarkung nichts daran, daß jedes GNR der wirtschaftlichen Ergänzung eines bestimmten Anwesens dient, auch wenn dessen Eigentümer nicht Landwirt ist. Der Grundsatz, daß die Nutzungen im eigenen Anwesen verwendet werden müssen, gilt heute nur noch in Ausnahmefällen⁴⁸⁴ und wird von der Frage nach den sachlichen Voraussetzungen von Übertragung und Häufung nicht berührt. Auch eine juristische Person kann als Eigentümerin einer *bewohnten* Haus- und Hofstätte nutzungsberechtigt sein, ohne daß das Wesen der GNR dem entgegenstehe⁴⁸⁵, da die Person des Berechtigten bei radizierten GNRe gegenüber der Bindung des Rechts an das Anwesen in den Hintergrund tritt. Die theoretische Möglichkeit⁴⁸⁶, daß ein NR in die Hand eines Nichtlandwirts oder gar einer juristischen Person geraten könnte, zwingt folglich nicht dazu, Übertragung und Häufung von den gleichen Voraussetzungen wie die Zerstückelung abhängig zu machen.

Die GNRe werden durch die Möglichkeit fester Übertragung und Häufung auch nicht mobilisiert, weil sie ihrem Wesen nach an die Gemarkung gebunden bleiben und nur auf einem Wohnhaus ruhen können. In der Tat

⁴⁸³ Siehe oben § 4, III, 3 und § 9, I, 2

⁴⁸⁴ So bei Bauholz- und Streurechten, vgl. oben § 14, I

⁴⁸⁵ Anders nur bei Umwandlung des Anwesens in einen Fabrikbetrieb, vgl. oben § 9, I, 3

⁴⁸⁶ In der Praxis sind nur wenige Rechtler nicht gleichzeitig auch Landwirte

ist trotz der von Rechtsprechung und Praxis anerkannten freien Übertragungsmöglichkeit in den Jahren nach 1952 eine nennenswerte Mobilisierung der GNRe nicht eingetreten. Die Erfahrung hat vielmehr gezeigt, daß die Landbevölkerung zäh an ihren NRen hängt und vor deren Verkauf, wenn nicht wichtige Gründe vorliegen, zurückschreit. Die bloße Möglichkeit gewinn-süchtiger Häufung von GNRen auf einem Anwesen z. B. durch einen Großbauern vermag im übrigen für sich allein die Zulässigkeit von Übertragung und Häufung nicht von Voraussetzungen abhängig zu machen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind. Es ist auch nicht zu fürchten, daß der von der Rechtsprechung⁴⁸⁷ nach wie vor betonte Grundsatz der Markungsgebundenheit aufgegeben werden könnte. Abgesehen davon, daß darauf abzielende Bestrebungen in der Praxis nirgends erkennbar geworden sind, würde die wesensmäßige Verwurzelung der GNRe im Gemeindeverband die Aufgabe dieses Grundsatzes nicht gestatten, ohne daß zugleich die gesamte Einrichtung der GNRe in Frage gestellt würde. Dessen sind sich die Gemeinden und Rechtler auf Grund jahrhundertealter Rechtsüberzeugung wohl bewußt.

Daß die althergebrachte Bindung eines GNRes an ein bestimmtes Anwesen nach Möglichkeit erhalten bleiben sollte, wird niemand ernstlich bestreiten, doch ist damit noch nicht gesagt, daß eine Lösung dieser Bindung nur ausnahmsweise aus wichtigem Grund und mit Zustimmung der Gemeinde erfolgen dürfe. Es steht im Belieben eines jeden Rechtlers, auf sein Recht einseitig zu verzichten oder es durch Nichtausübung untergehen zu lassen. Es kann deshalb auch nicht tragenden Grundsätzen des Instituts der GNRe widersprechen, wenn es im Belieben des Berechtigten liegt, sich seines NRes durch Übertragung auf ein anderes Anwesen zu entäußern. Der Schutz des Fortbestandes der GNRe, wie ihn der Gesetzgeber 1952 im Auge hatte, reicht nicht so weit, daß der Staat und die Gemeinden gehalten wären, dafür Sorge zu tragen, daß niemand sein NR ohne wichtigen Grund preisgibt. Ein Bedürfnis, die Nutzungsberechtigten vor wirtschaftlich nachteiligen Verfügungen zu schützen, besteht nicht, da unsere Rechtsordnung dem einzelnen auch in den übrigen Bereichen des Wirtschaftslebens – von Ausnahmefällen abgesehen⁴⁸⁸ – einen derartigen Schutz nicht angedeihen läßt. So ist ein Rechtler in aller Regel nicht einmal daran gehindert, sein gesamtes Anwesen zu verpfänden oder zu veräußern. Im übrigen pflegen sich Rechtler, die ihr NR auf ein anderes Wohnhaus übertragen wollen, vorher über die rechtlichen Möglichkeiten eines solchen Schrittes beraten zu lassen und begeben sich häufig sogar zu einem Notar.

Aus den gleichen Gründen steht die freie Übertragbarkeit der GNRe der in der amtlichen Begründung des Entwurfs der GO 1952 zum Ausdruck gekommenen Anerkennung der wirtschaftlichen Bedeutung der GNRe für kleinere und mittlere bäuerliche Betriebe nicht entgegen.

Der gewohnheitsrechtlich entwickelte Grundsatz, daß niemand in größerem Umfang Gemeindevorteile in Anspruch nehmen darf, als der Eigenbedarf seines Anwesens es erfordert, gilt heute nicht mehr uneingeschränkt,

⁴⁸⁷ Vgl. VGH n. F. 11/130 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. z. B. den Schutz der in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (§§ 107 ff. BGB).

sondern nur noch als Richtschnur in Zweifelsfällen und bei typischen Bedarfsrechten wie dem Bauholzrecht⁴⁸⁹. Im übrigen sind die NRe entweder mengenmäßig gemessen⁴⁹⁰ oder in der Weise ungemessen, daß der gesamte, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung anfallende Ertrag der Nutzfläche den Rechtlern gebührt⁴⁹¹. In den beiden letztgenannten Fällen ist es den Berechtigten grundsätzlich nicht verwehrt, die bezogenen Nutzungen zu veräußern⁴⁹², weshalb es sich mit den Grundsätzen über die GNRe vereinbaren läßt, bei Häufung mehrerer NRe auf einem Anwesen dem Berechtigten einen entsprechend vermehrten Anspruch zuzugestehen. Nur dort, wo es sich um ausgesprochene Bedarfsrechte handelt (z. B. Bauholzberechtigungen), ergibt sich aus dem Wesen der Nutzungsbefugnis eine Beschränkung für die Übertragung und Häufung. Diese Beschränkung besteht darin, daß im Hinblick auf Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO bei Übertragung auf ein größeres Anwesen niemals eine Ausweitung des NRes erfolgen darf und daß auch der Inhaber mehrerer NRe immer nur soviel Nutzungen beanspruchen kann, als seinem wirklichen Bedarf entspricht, mag er auch hinsichtlich anderer, aus dem gleichen GNR fließender Befugnisse mehrfach berechtigt sein. Die Einhaltung dieses aus dem Wesen der auf den Bedarf abgestellten Nutzungsbefugnisse sich ergebenden Beschränkung zwingt jedoch nicht dazu, Übertragung und Häufung von GNREN nur ausnahmsweise aus wichtigem Grund zuzulassen.

Der Hinweis, daß die Häufung ihrer Gefährlichkeit wegen der Zerstückelung gleich zu behandeln sei, führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Zwar ist Mörtel zuzugeben, daß eine Häufung von NREN unerwünscht bleiben muß⁴⁹³ und daß die wirtschaftlichen Gefahren einer Häufung für den, der sein NR weggibt, mindestens ebenso groß, wenn nicht sogar größer sind als für den, der im Rahmen der Zerstückelung nur einen Bruchteil seines Rechts überträgt. Diese Gefahren können aber bei der Frage nach den sachlichen Voraussetzungen der Häufung und Übertragung unberücksichtigt bleiben, weil sie auch dann gegeben sind, wenn jemand auf sein NR freiwillig verzichtet oder es durch Nichtausübung untergehen läßt, ohne daß hierfür besondere sachliche Voraussetzungen wie das Vorliegen eines Ausnahmefalls gefordert würden. Hingegen unterscheiden sich Zerstückelung und Häufung in anderer Beziehung: Bei der Zerstückelung kann leicht eine zahlenmäßige Vermehrung des Kreises der Nutzungsberechtigten eintreten⁴⁹⁴, was von jeher als unerwünscht angesehen wurde, und es können derart kleine Bruchteilsrechte gebildet werden, daß sie für sich allein keine nennenswerte wirtschaftliche Ergänzung des berechtigten Anwesens mehr darstellen, während bei der Häufung die Zahl der Rechtlern in aller Regel verringert wird – was eine Ablösung der NRe erleichtern kann – und die vorhandenen Berechtigungen im allgemeinen groß genug sind und bleiben,

⁴⁸⁹ Vgl. oben § 13, I, 1, b und 2

⁴⁹⁰ Vgl. oben § 13, I, 3, b

⁴⁹¹ Vgl. oben § 13, I, 3, a

⁴⁹² Vgl. oben § 14, II, 2

⁴⁹³ De lege ferenda könnte dies ein Grund sein, die Häufung wie die Zerstückelung zu behandeln.

⁴⁹⁴ Z. B. wenn der Erwerber des Bruchteilsrechtes bisher noch kein GNR hatte. Die Belastung der Gemeinde bleibt freilich – ebenso wie die Häufung – stets dieselbe.

um eine wirtschaftlich ins Gewicht fallende Ergänzung der berechtigten Anwesen darzustellen. Dieser Unterschied könnte eine unterschiedliche Behandlung von Zerstückelung und Häufung rechtfertigen.

Die Beschränkung, daß Übertragung und Häufung nur innerhalb der Gemarkung erfolgen und die NRe nur auf ein Wohnhaus übertragen werden können, ergibt sich aus dem Wesen der in der Gemarkung verwurzelten, radizierten GNRe, ohne daß diesbezüglich auf Bestimmungen früherer Gemeindeordnungen zurückgegriffen werden müßte. Folglich läßt sich aus dieser, mit dem Wesen der GNRe zusammenhängenden Beschränkung ihrer Übertragbarkeit nicht der Schluß ziehen, es könne, weil man insoweit früheres Recht anwende, auch hinsichtlich sonstiger Übertragungsvoraussetzungen auf die gesetzliche Regelung vor 1952 zurückgegriffen werden.

Auch die öffentlich-rechtliche Natur der GNRe begründet keine besonderen Übertragungsvoraussetzungen wie etwa das Erfordernis der Zustimmung der Gemeinde. Zwar sind öffentlich-rechtliche Berechtigungen im allgemeinen nicht frei übertragbar, weil es sich zumeist um Rechtsverhältnisse handelt, bei denen die Person des Berechtigten von Bedeutung ist⁴⁹⁵, doch gibt es keinen allgemeinen Grundsatz des Inhalts, daß im öffentlichen Recht wurzelnde Berechtigungen grundsätzlich nie ohne Zustimmung des Verpflichteten auf eine andere Person übergehen können. Bei den radizierten GNRen steht die Bindung an die Haus- und Hofstätte im Vordergrund, die Person des jeweiligen Eigentümers ist belanglos. Aus dem Wesen der GNRe ergibt sich somit nicht, daß die Übertragung des Rechts auf ein anderes Wohnhaus nur mit Zustimmung der Gemeinde erfolgen kann; sowohl Art. 33 Abs. 4 n. F. GO 1869 als auch Art. 36 Abs. 3 GO 1927 zählen Fälle auf, in denen eine Übertragung keiner Zustimmung der Gemeinde bedurfte. Der Grundsatz der Markungsgebundenheit bietet im übrigen eine Gewähr dafür, daß der Erwerber des GNRes im gleichen öffentlich-rechtlichen Gemeindeverband steht. Auch aus dem Eigentumsrecht der Gemeinde ergibt sich nichts anderes; denn da die Leistungspflicht der Gemeinde im Hinblick auf Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO von Übertragungen unbeeinflusst bleibt, kann es der Gemeinde in aller Regel gleichgültig sein, welches Anwesen im Einzelfall Träger eines GNRes ist. Daß der Eigentümer eines Gegenstandes zustimmen müsse, wenn ein Recht an diesem Gegenstand von einer Hand in die andere übergeht, kann nicht allgemein gesagt werden.

Die GNRe gehen auch nicht etwa auf ursprüngliche Einräumung durch die Dorfgemeinschaft, deren Nachfolgerin die Gemeinde geworden ist, zurück, so daß die Gemeinde deshalb zustimmen müßte. Die bäuerlichen Allmendennutzungsberechtigungen reichen vielmehr – von Ausnahmen abgesehen – bis in die Anfänge der Besiedlung zurück, als die Allmende noch dem Zugriff eines jeden Hofbesitzers offenstand und es keiner besonderen Bewilligung durch die übrigen Markgenossen bedurfte⁴⁹⁶. Die Mitberechtigten entschieden erst später über Veränderungen im Kreis der Nutzungsberechtigten, als sich die Nutzungsberechtigungen zu Miteigentumsanteilen zur gesamten Hand entwickelt hatten. Auch wenn die GNRe ursprünglich eine

⁴⁹⁵ Vgl. z. B. auf der Zuverlässigkeit des Berechtigten beruhende Konzessionen

⁴⁹⁶ Vgl. oben § 1

notwendige Ergänzung der bäuerlichen Anwesen darstellten, kann es heute nicht mehr als Durchbrechung der bisherigen Rechtsordnung angesehen werden, wenn jemand sein Recht durch Übertragung preisgibt, nachdem es jedem Rechtler freisteht, auf sein Recht zu verzichten oder es durch Nichtausübung untergehen zu lassen⁴⁹⁷. Die geschichtliche Entwicklung hat dazu geführt, daß die GNRe zu Rechten an fremder Sache wurden, die als Individualrechte in keiner Gesamthandsbindung mehr stehen⁴⁹⁸. Auch dieser Umstand spricht für die Möglichkeit freier Übertragung.

Daß der VGH in seiner Plenarentscheidung vom 16. 1. 1895⁴⁹⁹ auch für die Zeit vor 1869 die gemeindliche Zustimmung voraussetzte, beruht nach dem Gesagten nicht auf zwingenden Rechtsgrundsätzen, was die in Art. 33 Abs. 4 n. F. GO 1869 und Art. 36 Abs. 3 GO 1927 getroffene Ausnahmeregelung bestätigt.

Eine Anonymität der Rechtsverhältnisse bei Übertragbarkeit ohne Zustimmung der Gemeinde ist nicht zu befürchten, da die GNRe fast nur auf dem Lande vorkommen, wo jede derartige Veränderung im Rahmen der engen dörflichen Lebensgemeinschaft meist sehr bald allen Beteiligten bekannt wird.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß GNRe nach gegenwärtigem Recht aus jedem Grund und ohne Zustimmung der Gemeinde auf ein anderes Wohnhaus derselben Gemarkung übertragen werden können, ohne daß hierin ein Widerspruch zum Wesen der GNRe läge. Die tragenden Grundsätze des Instituts der GNRe, z. B. die grundsätzliche Bindung an die Haus- und Hofstätte und an die Gemarkung, bleiben unberührt weiterhin in Geltung.

Die von Mörtel vertretene Auffassung würde im übrigen hinsichtlich der Wirksamkeit von Übertragungen, die nach 1952 ohne Zustimmung der Gemeinde und ohne wichtigen Grund vorgenommen wurden, zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Abgesehen davon, daß sich das Vorliegen der von Mörtel geforderten Voraussetzungen Jahre später oft nicht mehr feststellen ließe, hätte Mörtels Ansicht zur Folge, daß zahlreiche Übertragungsakte als unwirksam anzusehen und die davon betroffenen GNRe mangels ununterbrochener Ausübung durch den alten Rechtsinhaber untergegangen wären.

Mörtel muß hingegen insoweit beigeplichtet werden, als sich — unbeschadet der derzeitigen Rechtslage — die Wiedereinführung der früheren Regelung für die Zukunft empfiehlt, um die bestehenden Nutzungsverhältnisse nach Möglichkeit unverändert zu erhalten und Häufungsfälle einzuschränken. Gegenüber der von Mörtel⁵⁰⁰ befürworteten Konkretisierung der Übertragungsgründe im Gesetz dürfte allerdings einer, mit der Anführung von Beispielen verbundenen Generalklausel der Vorzug zu geben sein⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Ein Beweis hierfür kann auch insoweit in Art. 33 Abs. 4 n. F. GO 1869 und Art. 36 Abs. 3 GO 1927 gefunden werden, wo Übertragung ohne gemeindliche Zustimmung ersichtlich nicht als Durchbrechung der bisherigen Ordnung aufgefaßt wurde.

⁴⁹⁸ Vgl. oben § 9, II

⁴⁹⁹ VGH 16/1–8

⁵⁰⁰ So Mörtel in BVBl. 1964/78

⁵⁰¹ Beispiel: „... ausnahmsweise aus wichtigem Grund. Als wichtiger Grund ist es insbesondere anzusehen, wenn ...“

Würde das Gesetz zwar keine Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wohl aber – wie jetzt bei der Zerstückelung – eine Zustimmung des Gemeinderats als Voraussetzung für Übertragung und Häufung fordern, so wäre die Zustimmung Verwaltungsakt, weil eine öffentlich-rechtliche, im Verhältnis von Über- und Unterordnung ergehende Entscheidung über das Vorliegen sachlicher Voraussetzungen getroffen würde⁵⁰².

Verwaltungsakt ist übrigens auch eine Verfügung der Gemeinde, durch welche die nach der derzeitigen Rechtslage nicht erforderliche Zustimmung des Gemeinderats zur Übertragung eines NRes verweigert wird. Die Anfechtung dieses Verwaltungsaktes müßte zu seiner Aufhebung mangels Rechtsgrundlage führen⁵⁰³.

Abschließend ist noch zu bemerken, daß nach jetzigem Recht auch derjenige, der eine Hypothek oder Grundschuld am berechtigten Anwesen hat, einer Übertragung des GNRes nicht zustimmen muß⁵⁰⁴; denn das NR ist als öffentlich-rechtliches, im Gemeindeverband wurzelndes Recht dem Zugriff des Grundpfandgläubigers entzogen. Es erlischt z. B. durch Nichtausübung oder Ablösung nach Art. 70 GO, ohne daß der Gläubiger dies hindern könnte.

Ferner bedarf noch der Erwähnung, daß GNRe, die zur Almweide berechtigten, von der freien Übertragbarkeit nach gegenwärtigem Recht auf Grund gesetzlicher Sonderbestimmungen ausgenommen sind. Bei ihnen bedarf die Übertragung oder Häufung nach Art. 1 Abs. 1 Nr. 2–3, Abs. 2, Art. 19 Abs. 1 des Almgesetzes vom 28. 4. 1932 (BayBS IV S. 359) der Genehmigung der Kreisverwaltungsbehörde.

cc) Form der Übertragung und Häufung

Das einer Übertragung oder Häufung zugrunde liegende zivilrechtliche Verpflichtungsgeschäft (Kauf, Schenkung, Vermächtnis usw.) hat in den vom BGB vorgeschriebenen Formen zu geschehen. Das öffentlich-rechtliche Erfüllungsgeschäft jedoch, das heißt der eigentliche Übertragungsakt, bedarf keiner besonderen Form. Es genügt die schriftliche oder mündliche Einigung über den Übergang des NRes⁵⁰⁵, doch empfiehlt es sich, den Vorgang der Gemeinde und der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Die allgemeinen Regeln des BGB über Rechtsgeschäfte (z. B. Erfordernis der Geschäftsfähigkeit) gelten sinngemäß. Die Wirksamkeit des Übertragungsaktes unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung, weil ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis von Privatpersonen gestaltet wird⁵⁰⁶.

b) Zerstückelung (Art. 68 Abs. 1 Satz 2 und 3 GO)

Die Zerstückelung, das heißt die Aufteilung eines GNRes in Bruchteile⁵⁰⁷, ist als Sonderfall der Übertragung durch das Gesetz von erschweren

⁵⁰² Vgl. unten § 15, I, 3, b, bb für die Zerstückelung; ebenso Mörtel in BVBl. 1964/74

⁵⁰³ So VGH n. F. 11/130 und Hölzl-Rollwagen, Anm. II, 3 zu Art. 68 GO

⁵⁰⁴ So Mayer in Sonderheft 310 der „Fundstelle“, S. 18; a. M. Illig (S. 81), der §§ 876 ff. BGB anwenden will

⁵⁰⁵ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 11 zu Art. 68 GO

⁵⁰⁶ Vgl. VGH 8/84

⁵⁰⁷ Aufteilung in Einzelbefugnisse hingegen ist unzulässig, vgl. VGH 48/92 und oben § 10, I, 1

Voraussetzungen abhängig gemacht. Hinsichtlich der Form des Verpflichtungs- und des Erfüllungsgeschäfts gilt dasselbe wie bei der Übertragung des Vollrechts.

aa) Ausnahmefall und wichtige Gründe

Nach Art. 68 Abs. 1 Satz 2 GO ist die Zerstückelung nur ausnahmsweise und nur aus wichtigen Gründen gestattet. Solche wichtigen Gründe für die ausnahmsweise, grundsätzlich also nicht erwünschte Zerstückelung eines NRes sind z. B. gegeben, wenn durch Hofteilung eine neue Hofstelle geschaffen werden soll, ferner bei Erbauseinandersetzung, Aufgabe der Landwirtschaft, u. U. auch bei wirtschaftlicher Notlage. Braucht ein Landwirt zur Modernisierung des Betriebes Geld, während er auf die Naturalnutzung (z. B. Weidebefugnis) nicht angewiesen ist, so kann er ungehindert das volle NR veräußern. Will er es statt dessen zerstückeln und nur das halbe Recht verkaufen, wird man in derartigen Fällen mitunter einen wichtigen Grund annehmen dürfen. Spekulationsabsicht jedoch genügt nicht.

bb) Zustimmung des Gemeinderats

Gemäß Art. 68 Abs. 1 Satz 3 GO muß der Gemeinderat der beabsichtigten Zerstückelung zustimmen – wobei §§ 182–184 BGB über zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte sinngemäß gelten⁵⁰⁸ –, sonst bleibt die Zerstückelung unwirksam. Wurde die Zustimmung rechtskräftig versagt, so behält der abgebende Rechtler, wenn er es weiter ausübt, sein volles GNR, andernfalls nur einen entsprechenden Bruchteil. Der Erwerber des Bruchteils hingegen ist, auch wenn er Nutzungen bezieht, mangels Zustimmung nicht Rechtler geworden.

Die Zustimmung des Gemeinderats bedarf keiner Form⁵⁰⁹. Sie kann auch stillschweigend erteilt werden, indem z. B. der Gemeinderat – nicht jedoch der 1. Bürgermeister allein – die Zerstückelung bei der Verteilung der Nutzungen berücksichtigt.

Die Zustimmung des Gemeinderats zur Zerstückelung ist ein gestaltender, begünstigender Verwaltungsakt⁵¹⁰. Der Grund hierfür ist jedoch wohl kaum, wie der VGH in seinem Urteil vom 30. 10. 1958⁵¹¹ annimmt, in der geschichtlichen Entwicklung zu sehen. Die politische Gemeinde als Trägerin hoheitlicher Gewalt besteht nämlich erst seit Beginn des 19. Jahrhunderts und war – von wenigen, gesetzlich bestimmten Ausnahmen abgesehen – zu keiner Zeit befugt, die Nutzung hoheitlich im Verhältnis von Über- und Unterordnung zu regeln; sie stand den Rechtlern im Rahmen eines öffentlichen Schuldverhältnisses schon immer gleichgeordnet gegenüber. Die Zustimmung zur Zerstückelung ist vielmehr nur deshalb ein Verwaltungsakt, weil das Gesetz der Gemeinde ausnahmsweise die Befugnis einräumt, durch hoheitlichen Akt rechtsgestaltend auf das Nutzungsverhältnis einzuwirken.

⁵⁰⁸ Vgl. Illig S. 99

⁵⁰⁹ Vgl. VGH 16/10, 46/46; Helmreich-Widtmann, Anm. 11 zu Art. 68 GO

⁵¹⁰ So VGH vom 30. 10. 1958 in „Fundstelle“ 1959 Nr. 6; Hölzl-Rollwagen, Anm. II, 3 zu Art. 68 GO

⁵¹¹ Veröffentlicht in „Fundstelle“ 1959 Nr. 6

Wer sein NR zerstückeln will, hat einen Rechtsanspruch auf Zustimmung des Gemeinderats, wenn ein Ausnahmefall und wichtige Gründe vorliegen. Es handelt sich hierbei um unbestimmte Rechtsbegriffe, die die Gemeinde ausfüllen muß, nicht aber um eine Ermessensentscheidung. Wird die Zustimmung versagt, kann nach vorausgegangenem Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) im Weg der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§§ 40 Abs. 1, 42 VwGO) auf Erteilung der Zustimmung geklagt werden.

cc) Schicksal des GNRes bei Hofteilungen

Die Aufteilung eines berechtigten Anwesens in zwei neue Höfe kann nach dem oben Gesagten einen wichtigen Grund für die Zerstückelung des NRes bilden. Fraglich ist in solchen Fällen, was mit dem NR geschieht, wenn die Zustimmung zur Zerstückelung nicht erholt oder versagt wurde. Ruht das GNR nach örtlichem Herkommen nicht auf dem gesamten Hofgrundstück, sondern auf dem Wohnhaus allein, so bleibt es bei der Anwesenshälfte, der das bisherige Wohnhaus zufällt. Wird aber auch dieses zweigeteilt, so gilt das GNR, solange nicht seiner Zerstückelung zugestimmt wurde, gegenüber der Gemeinde nach wie vor als einheitliches, auf den nunmehr von zwei Berechtigten bewohnten Gesamtgebäude ruhendes NR. Gleiches gilt, wenn das NR auf der Haus- und Hofstätte als solcher ruhte, die nun in zwei Hälften zerfällt. Auf diese Weise können mehrere an einem NR berechtigt werden, ohne daß rechtlich eine Zerstückelung des Rechts eintritt. Wirtschaftlich freilich kommt ein solcher Fall der Zerstückelung gleich.

4. Übertragbarkeit persönlicher NRe

Die Übertragung, Häufung oder Zerstückelung nichttradizierter, persönlicher NRe soll nach Mang (Heigl)⁵¹² nach den gleichen Grundsätzen wie bei radizierten NRen möglich sein. Illig⁵¹³ macht die Zulässigkeit der Übertragung, Häufung oder Zerstückelung persönlicher NRe davon abhängig, daß die Gemeinde zustimmt und der Erwerber dieselben persönlichen Voraussetzungen erfüllt und daß ferner Wesen und Natur des jeweiligen Rechts nicht entgegenstehen. Ein mit einem Amt verbundenes NR könne hiervon nicht gelöst und mit einem anderen Amt verbunden werden.

Die erwähnten Ansichten erscheinen jedoch nicht unbedenklich.

Persönliche NRe, die nur den Charakter von Besoldungsleistungen haben, sind keine GNRe im Sinne von Art. 68 ff. GO⁵¹⁴. Handelt es sich um Dienste für die Gemeinde, so kommen Übertragung, Häufung oder Zerstückelung nicht in Betracht, weil der Nutzungsbezug auf Bewilligung der Gemeinde bei Amtsantritt und nicht auf Übertragung durch den Amtsvorgänger zurückgeht. Die Gemeinde hat es in der Hand, ob sie bei Neubesetzung eines Amtes Nutzungen weitergewähren oder andere Besoldungsvereinbarungen treffen will.

⁵¹² Vgl. Mang (Heigl) S. 276

⁵¹³ Illig S. 101

⁵¹⁴ Näheres siehe oben § 4, IV, 3

Persönliche NRe, die die Besoldung anderer, nicht in Gemeindediensten stehender Personen (z. B. des Pfarrers) ergänzen sollen, stehen automatisch dem jeweiligen Inhaber der Stelle zu. Sie können wie die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten des BGB analog § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Amtsinhaber nicht auf einen anderen übertragen werden.

Persönliche GNRe im Sinne von Art. 68 ff. GO sind außerordentlich selten. NRe, die z. B. den Gemeindebürgern mit eigenem Haushalt oder den jeweiligen Angehörigen einer bestimmten Berufsgruppe zustehen, konnten seit 1922 nicht mehr neu begründet werden (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO). Ein solches NR kann nur geltend machen, wer es selbst oder durch seine Rechtsvorgänger ununterbrochen kraft Rechtsüberzeugung seit 1922 ausübte. Eine Übertragung, Häufung oder Zerstückelung ist nur dann denkbar, wenn der Erwerber ebenfalls Gemeindebürger mit eigenem Haushalt oder Angehöriger jener Berufsgruppe ist. Die Übertragung, Häufung oder Zerstückelung solcher NRe war jedoch in Bayern nicht üblich, weil es sich ursprünglich von selbst verstand, daß die jeweiligen Mitglieder des betreffenden Personenkreises berechtigt waren, so daß für Übertragungsakte kein Bedürfnis bestand. Man wird deshalb – abgesehen vom Erbfall und Übergang eines Handwerksbetriebes, dessen Inhaber als Angehöriger jenes Handwerks ein persönliches NR hatte – persönliche GNRe in der Regel für unübertragbar ansehen müssen, falls sich nicht anders lautendes Herkommen gebildet hat.

5. Abtretung von Einzelansprüchen

Von der Übertragung des GNRes ist die Abtretung der einzelnen, aus ihm entspringenden und jeweils zu gewissen Zeiten fällig werdenden Ansprüche zu unterscheiden. Diese ist zulässig, soweit die den Gegenstand des Einzelanspruchs bildenden Rechtsbezüge nach ihrer Zuteilung frei veräußert werden dürfen.

II. Überlassung des GNRes zur Ausübung an Dritte

1. Begriff der Überlassung des GNRes zur Ausübung

Mit der Übertragung verwandt ist die nur vorübergehende Überlassung des GNRes an einen anderen zur Ausübung der aus dem NR fließenden Befugnisse. Wer einem andern auf diese Weise den Bezug der Nutzungen im eigenen oder fremden Namen gestattet, bleibt weiterhin Rechtler. Nur ihm gegenüber ist die Gemeinde verpflichtet, nur er ist Gläubiger auch der Einzelansprüche. Eine echte Abtretung des NRes findet also nicht statt.

Eine solche Überlassung des NRes zur Ausübung darf nicht auf die Dauer gerichtet sein, sonst läge Übertragung vor. Sie kann auf zweifache Art erfolgen: Im einen Fall bewirtschaftet der Rechtler sein Anwesen selbst und überläßt nur die Ausübung des NRes zeitweise einem andern⁵¹⁵, was auch in Form der Verpachtung des NRes geschehen kann⁵¹⁶. Im andern Fall über-

⁵¹⁵ In einem Altenteilsvertrag überläßt der zum Hofeigentümer werdende Jungbauer z. B. dem Altsitzer die Ausübung des NRes bis an dessen Lebensende.

⁵¹⁶ Verpachtung des NRes liegt z. B. vor, wenn Rechtler jeder für sich oder gemeinschaftlich Wiesen, Äcker, Weideflächen usw., die ihnen zur getrennten oder gemeinschaftlichen Nutzung zugewiesen waren, Dritten überlassen, die dafür Entgelt entrichten müssen.

läßt der Rechtler sein ganzes Anwesen samt dem NR einem andern auf Zeit, bleibt aber selbst Eigentümer des Hofes⁵¹⁷.

Eine Unterbrechung etwaigen Herkommens tritt dadurch, daß der Rechtler in diesen Fällen sein NR vorübergehend nicht selbst ausübt, nicht ein. Überlassung des NRes zur Ausübung liegt nicht vor, wenn die Gemeinde mit Zustimmung der Rechttermehrheit⁵¹⁸ die belasteten Grundstücke auf Rechnung der Rechtler verpachtet und den Erlös an die Rechtler verteilt⁵¹⁹; denn hier üben die Berechtigten ihre Rechte weiterhin selbst aus, nur daß sie statt der Naturalbezüge Geld erhalten. Ob Verpachtung der Grundstücke durch die Gemeinde oder der GNRe durch die Rechtler vorliegt, kann allerdings mitunter zweifelhaft sein. Es entscheidet dann, wer dem Dritten als Verpächter gegenübertritt.

2. Zulässigkeit der Überlassung des GNRes zur Ausübung

a) Grundsätzliche Zulässigkeit

Die vorübergehende Überlassung von GNRen an Dritte zur Ausübung wurde von jeher grundsätzlich für zulässig gehalten⁵²⁰, gleich ob sie entgeltlich oder unentgeltlich, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen⁵²¹ erfolgt. Eine Zustimmung der Gemeinde ist, sofern Titel oder Herkommen nichts Gegenteiliges besagen, nicht erforderlich.

Soweit freie Veräußerung der zugeteilten Nutzungen gestattet ist, kann auch eine Teilbefugnis des NRes einem andern zur Ausübung überlassen werden; denn das einheitliche, unteilbare GNR bleibt seinem ganzen Umfang nach in der Hand des Hofeigentümers, dieser übt es nur nicht in jeder Hinsicht persönlich aus.

Sofern eine Teilbefugnis auf die Gewährung von Nutzungen gerichtet ist, die nur im berechtigten Anwesen verwertet werden dürfen (z. B. Bauholzrecht), wird eine derartige Teilbefugnis von der Überlassung des NRes zur Ausübung an einen Dritten nur dann erfaßt, wenn der Dritte zugleich auch den berechtigten Hof bewirtschaftet.

Derjenige, dem die vorübergehende Ausübung des NRes gestattet wird, **muß nicht Gemeindebürger sein** oder ein Anwesen im Ort besitzen. Der Grundsatz der Markungsgebundenheit der NRe wird dadurch, daß etwa jemand aus dem Nachbarort das NR vorübergehend für den Berechtigten ausübt, nicht berührt, da das NR auf dem bisherigen Anwesen ruhen bleibt.

b) Sonderstellung der Weiderechte

Bei GNRen, die zur Weide berechtigen, ist die Überlassung des NRes zur Ausübung an Dritte oft eingeschränkt⁵²². So darf in zahlreichen Orten nur

⁵¹⁷ So, wenn ein Pächter oder ein Jungbauer, der noch nicht vom Altsitzer Eigentum erlangt hat, den Hof bewirtschaftet.

⁵¹⁸ Über Mehrheitsbeschlüsse siehe oben § 9, IV, 2, a

⁵¹⁹ Vgl. VGH n. F. 1/64 und oben unter § 8, B, 1, 3

⁵²⁰ So VGH 17/192 (Verpachtung des Anwesens samt NR) und VGH 18/128, ferner Helreich-Widmann, Anm. 11 zu Art. 68 GO, und Illig S. 69–70; a. M. nur Kiefersauer S. 37; vgl. im übrigen auch § 1059 S. 2 BGB (Überlassung des Nießbrauchs)

⁵²¹ Vgl. VGH 50/104 (zeitweise Vermachung der Nutzung an die Armen durch Testament)

⁵²² Bei bürgerlich-rechtlichen Weidegrunddienstbarkeiten darf das Weiderecht nur ausüben, wer das herrschende Grundstück bewirtschaftet; vgl. Meisner S. 437.

Vieh geweidet werden, das unmittelbar im berechtigten Anwesen gehalten wird. Ein Dritter darf das NR in einem solchen Fall nur ausüben, wenn ihm zugleich auch das berechnigte Anwesen zur Bewirtschaftung überlassen wurde; anderswo gehaltenes Vieh darf er also nicht aufreiben⁵²³. Allerdings gibt es auch Dörfer, wo Titel oder Herkommen den Weideberechtigten gestatten, ihr NR anderen vorübergehend in der Weise zu überlassen, daß diese auch statt des Rechtlerviehs eigene Tiere aufreiben dürfen. Auf Grund des sogenannten Beischlagsrechtes, das sich zuweilen findet, darf z. B. ein Rechtlter durch Vereinbarung mit einem anderen Rechtlter, der die Weide vorübergehend nicht mehr durch eigenes Vieh ausüben will, dessen NR zeitweise ausüben und zu seinem eigenen Vieh eine entsprechende Anzahl zusätzlicher Tiere auf die Weide schicken⁵²⁴. Wo Titel und Herkommen nicht entgegenstehen, können ferner Schafweideberechnigte ihre NRe gemeinschaftlich an einen fremden Schäfer verpachten, der dann die Weide vorübergehend statt ihrer ausübt.

III. Verpfändung und Pfändung von GNRe

1. Zulässigkeit der Verpfändung und Pfändung von GNRe

Zweifelhaft erscheint, ob radizierte NRe dem Pfandverkehr unterliegen⁵²⁵.

Gegen die Zulässigkeit von Verpfändung und Pfändung bestehen nicht unerhebliche Bedenken: Das GNR soll seinem Wesen nach die bäuerliche Wirtschaft ergänzen und das Anwesen lebensfähig erhalten. Daß es dem Zugriff der Gläubiger preisgegeben sein müßte, versteht sich nicht von selbst, zumal Gläubiger häufig kein Anwesen innerhalb der Ortsgemarkung haben und deshalb – auch im Hinblick auf etwaige Gegenleistungspflichten wie z. B. Hand- und Spanndienste – nicht an die Stelle des Schuldners treten und sich bei der Pfandverwertung das Pfandobjekt übertragen lassen können (vgl. § 1274 Abs. 2 BGB, § 851 Abs. 1 ZPO). Fraglich könnte außerdem sein, ob nicht der öffentlich-rechtliche Charakter der GNRe einer Verpfändung oder Pfändung entgegensteht; denn öffentlich-rechtliche Befugnisse wie das Wahlrecht oder Ansprüche auf ein Handeln der Obrigkeit sind nicht pfändbar⁵²⁶. Es könnte ferner darauf hingewiesen werden, daß die den GNRe oft ähnlichen subjektiv-dinglichen Rechte des BGB z. B. nicht verpfändbar sind⁵²⁷ oder daß die GNRe zwar bei der Zwangsversteigerung des berechtigten Anwesens auf den Erwerber mit übergehen, aber im übrigen nicht von der dinglichen Hypothekenhaftung erfaßt werden⁵²⁸ und nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, weshalb Bedenken bestünden, die GNRe der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu unterwerfen.

⁵²³ Vgl. Preger in BlAdmPrax 45/281 und die bei Kiefersauer S. 32–33 abgedruckte Schafordnung für Untermäding, Landkreis Hilpoltstein, vom 8. 6. 1920

⁵²⁴ Vgl. VGH 55/84

⁵²⁵ Bei persönlichen NRe fehlt in der Regel schon das Merkmal der Übertragbarkeit als Voraussetzung von Verpfändung und Pfändung, vgl. § 1274 Abs. 2 BGB, § 851 Abs. 1 ZPO.

⁵²⁶ Vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 zu § 857 ZPO

⁵²⁷ Vgl. Palandt, Anm. 1 zu § 1273 und Anm. 3 zu § 1274 BGB

⁵²⁸ Näheres hierüber siehe oben unter § 4, III, 1

Auf der anderen Seite sprechen jedoch gewisse Gesichtspunkte dafür, die Verpfändung und Pfändung von GNRes dennoch für zulässig zu halten. Nachdem sich im Lauf der Jahrhunderte ein geschlossener Kreis von Rechtlern gebildet hat und die GNRe innerhalb der Gemarkung von Anwesen zu Anwesen übertragbar geworden sind, kann die Wirkung einer Verpfändung des GNRes nämlich ohne weiteres durch fiduziarische Übertragung⁵²⁹ erzielt werden, so wie der Rechtler seinem Gläubiger z. B. auch jederzeit die vorübergehende Ausübung seines NRes gestatten kann – sofern nicht eine der oben erwähnten Ausnahmen vorliegt. Der Umstand, daß die völlige Preisgabe der GNRes in Form der Übertragung auf ein anderes Anwesen, in Form des Verzehrs oder durch Nichtausübung möglich ist, läßt darauf schließen, daß Verpfändung und Pfändung als weniger einschneidende Vorgänge, die nicht unbedingt zum Verlust des GNRes führen, ebenso möglich sind. Der Gesichtspunkt, daß das NR der wirtschaftlichen Ergänzung des berechtigten Anwesens und nicht der Befriedigung von Gläubigern zu dienen habe, ist in diesem Zusammenhang angesichts der Möglichkeit, das NR jederzeit preiszugeben, ohne Bedeutung. Ein in Schulden geratener Landwirt kann sogar in die Lage kommen, die Zwangsversteigerung des gesamten Anwesens, bei der auch das GNR mit auf den Erwerber übergeht, dulden zu müssen. Man wird § 1274 Abs. 2 BGB und § 851 Abs. 1 ZPO, wonach nur übertragbare Rechte und Forderungen dem Pfandverkehr unterliegen, nicht in dem Sinn auslegen dürfen, daß Verpfändung und Pfändung von NRes überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn der Gläubiger Eigentümer eines Anwesens innerhalb der Gemarkung ist und deshalb jederzeit an die Stelle des Schuldners treten kann, sondern vielmehr in dem Sinn, daß der Verwertung des Pfandobjekts insoweit Schranken gesetzt sind, als die Befriedigung nur durch Veräußerung des NRes an den Eigentümer eines anderen in der Gemarkung gelegenen Anwesens erfolgen kann. Im übrigen sind nach § 857 Abs. 3 ZPO unveräußerliche Rechte insoweit der Pfändung unterworfen, als die Ausübung einem andern überlassen werden kann. Weiter kann auch nicht allgemein gesagt werden, daß Rechte einzig wegen ihrer öffentlichen Natur nicht Gegenstand des Pfandverkehrs sein könnten, denn öffentlich-rechtliche Geldforderungen (z. B. Gehaltsforderungen) sind ohne weiteres pfändbar⁵³⁰. Die GNRe sind keine staatsbürgerlichen Rechte wie das Wahlrecht, sondern geldwerte Vermögensrechte, die nur auf Grund zufälliger geschichtlicher Entwicklung vom öffentlichen Recht erfaßt wurden⁵³¹. Den unpfändbaren subjektiv-dinglichen Rechten des BGB können die GNRe, was Verpfändung und Pfändung anbetrifft, nicht gleichgestellt werden, weil sie im Gegensatz zu jenen frei auf ein anderes Anwesen derselben Gemarkung übertragbar sind, was im übrigen auch mit ein Grund dafür ist, daß sie nicht nach § 1126 BGB der Hypothekenhafung unterliegen.

In Anbetracht dieser Überlegungen wird man die Zulässigkeit der Verpfändung und Pfändung von GNRes bejahen dürfen⁵³².

529 Übertragung, bei der sich der Gläubiger im Falle seiner Befriedigung zur Rückübertragung des Pfandgegenstandes verpflichtet.

530 Vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 1, A zu § 829 ZPO

531 Vgl. demgegenüber die NRe am Staatsforst, die bürgerlich-rechtlich blieben

532 Vgl. in ähnlichem Sinn Illig S. 81 und Woerner, Anm. 2 zu Art. 36 GO 1927

2. Durchführung von Verpfändung und Verwertung von GNREN

Die Verpfändung von GNREN erfolgt – soweit man sie für zulässig ansieht – durch formlose Einigung (§ 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Zustimmung der Gemeinde ist ebensowenig wie bei der Übertragung von NREN nötig. Zur Befriedigung muß der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangen und anschließend die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 1277 BGB), die aber nur dazu führen darf, daß das NR durch Versteigerung oder Verkauf auf ein anderes Anwesen derselben Gemarkung übergeht und der Gläubiger aus dem Erlös befriedigt wird⁵³³.

3. Durchführung von Pfändung und Verwertung von GNREN

Die Pfändung von NREN im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt – soweit man ihre Zulässigkeit bejaht – durch Pfändungsbeschluß (§§ 857 Abs. 1, 829 ZPO) des Vollstreckungsgerichts (§§ 764, 828 ZPO). Die Verwertung des gepfändeten NRes kann nur in der Weise geschehen, daß entweder die Ausübung des NRes – soweit sie einem andern überlassen werden kann – auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts (§§ 857 Abs. 1 und 4, 844 ZPO) einem Verwalter übertragen wird, der die Nutzungen bezieht, zu Geld macht und den Gläubiger davon befriedigt, oder daß die Versteigerung oder der freihändige Verkauf des NRes gemäß § 857 Abs. 5 ZPO angeordnet wird, wobei allerdings der Erwerber ein Anwesen in der Gemarkung haben muß⁵³⁴.

Eine Verwertung durch Überweisung zur Einziehung (§§ 857 Abs. 1, 835 Abs. 1 ZPO) kommt selbst dann, wenn der Gläubiger ein Anwesen im Ort hat und an die Stelle des Schuldners treten kann⁵³⁵, nicht in Frage, weil das NR auf wirtschaftliche Ergänzung des berechtigten Anwesens und nicht auf Einziehung gerichtet ist. Ablösung durch Einzelvertrag mit der Gemeinde kann nicht als bestimmungsgemäße Einziehung angesehen werden. Überweisung an Zahlungs Statt zum Nennwert (§§ 857 Abs. 1, 835 Abs. 1 ZPO) scheidet ebenfalls aus, weil NRE keinen Nennwert haben.

4. Rechtslage zwischen Entstehung des Pfandrechts und Verwertung

Sobald das vertragliche oder Pfändungspfandrecht entstanden ist, darf der Rechtler nicht mehr über das NR verfügen (§ 1276 BGB, §§ 857 Abs. 1, 829 ZPO). Rechtsgeschäfte, die das Pfandrecht beeinträchtigen würden (Übertragung, Einzelablösung durch Aufhebungsvertrag mit der Gemeinde usw.), bedürfen der Zustimmung des Pfandgläubigers.

Das Pfandrecht wird jedoch gegenstandslos, wenn das GNR durch Nichtausübung, Gesamtablösung aller NRE (Art. 70 GO) oder Aufhebung (Art. 71 GO) untergeht⁵³⁶. Bei der Gesamtablösung nach Art. 70 GO ist die Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich, weil die Ablösungsvoraussetzungen im Gesetz abschließend geregelt sind⁵³⁷.

⁵³³ Vgl. Palandt, Anm. 1, b, bb zu § 1277 BGB

⁵³⁴ Vgl. Illig S. 81–82

⁵³⁵ Vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 4, A zu § 857 ZPO

⁵³⁶ Vgl. Palandt, Vorbem. 5, e vor §§ 1273 ff. BGB, und § 804 ZPO

⁵³⁷ A. M. Illig S. 125

5. Verpfändung und Pfändung von Einzelansprüchen

Von der Verpfändung oder Pfändung des GNRes ist die Verpfändung und Pfändung der einzelnen aus ihm fließenden Ansprüche und Forderungen zu unterscheiden, die insoweit, als diese Ansprüche und Forderungen übertragbar sind, unbeschränkt zulässig ist (§ 1274 Abs. 2 BGB, § 851 Abs. 1 ZPO). Gegenstand eines Pfandrechts kann also z. B. der Anspruch auf Zuteilung einer bestimmten Brennholzmenge für ein bestimmtes Jahr oder der Anspruch auf Beteiligung am Erlös verpachteter Nutzungsgrundstücke⁵³⁸ sein, nicht aber der nicht übertragbare Anspruch auf Bauholzzuteilung. Das Recht auf Weide- und Ackernutzung kann nicht in jährlich jeweils neu entstehende Forderungsrechte aufgespalten werden, es sei denn, das Nutzungsgelände würde in gewissen Zeitabständen jeweils erneut zur Einzelnutzung aufgeteilt werden, so daß jeweils neue Ansprüche auf Zuweisung einer Teilfläche entstehen würden. Im einzelnen gehen Verpfändung und Pfändung wie folgt vor sich:

Geldforderungen werden nach §§ 1279 ff. BGB verpfändet und nach §§ 829, 835, 836 ZPO gepfändet. Ansprüche auf Zuteilung von Naturalbezügen (z. B. Holz), deren Gewinnung durch die Gemeinde erfolgt, werden nach §§ 1279 ff. BGB verpfändet und nach §§ 846, 829, 835, 847, 849 ZPO gepfändet. Ansprüche, die darauf gerichtet sind, Nutzungen nach vorausgegangener Anweisung durch die Gemeinde selbst zu gewinnen (z. B. Streu), werden nach § 1274 BGB verpfändet und nach §§ 857 Abs. 1, 829, 835, 836 ZPO gepfändet.

Bereits zu Eigentum empfangene Nutzungen werden wie bewegliche Sachen verpfändet und gepfändet (§§ 1204 ff. BGB, §§ 803 ff. ZPO).

IV. Vertragliche Aufhebung von GNRe und Verzicht auf GNRe

GNRe sind auch insoweit dem Rechtsverkehr unterworfen, als durch Rechtsgeschäft auf ihren Bestand eingewirkt werden kann.

1. Vertragliche Aufhebung

a) Vertragliche Einzelablösung

Grundsätzlich kann jeder Rechtler durch formlosen⁵³⁹ Vertrag mit der Gemeinde auf sein GNR verzichten (Einzelablösung)⁵⁴⁰. Das NR erlischt dann im Zweifel mit Abschluß der Vereinbarung und Bekanntgabe des darüber gefaßten Gemeinderatsbeschlusses, nicht erst mit Erfüllung der etwa von der Gemeinde übernommenen Entschädigungspflicht⁵⁴¹. Die freiwillige Ablösung fällt auch dann, wenn mehrere Rechtler gleichzeitig entsprechende Ablösungsverträge schließen, nicht unter Art. 70 GO, weil die nicht ablösungsbereiten Rechtler ihre NRe behalten⁵⁴².

Der Aufhebungsvertrag kann eine Entschädigung in Geld oder Grundstücken gewähren⁵⁴³, die entsprechend den in Art. 71 Abs. 2 GO nieder-

⁵³⁸ Näheres über Verpachtung vgl. oben § 8, A, I, 3

⁵³⁹ § 875 BGB gilt nur für bürgerlich-rechtliche Rechte an Grundstücken

⁵⁴⁰ So VGH n. F. 2/5 und Hölzl-Rollwagen, Anm. 1 zu Art. 70 GO

⁵⁴¹ A. M. Illig S. 142–143

⁵⁴² So Helmreich-Widtmann, Anm. 12 zu Art. 68 und Anm. 2 zu Art. 70 GO

⁵⁴³ Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO; Schmelz S. 163

gelegten Grundsätzen das Fünfundzwanzigfache des durchschnittlichen jährlichen Reinertrags der Nutzungen, die in den letzten 15 Jahren gezogen wurden oder bei ungehinderter Ausübung hätten gezogen werden können, nicht übersteigen darf (vgl. Art. 61 Abs. 3 GO).

Werden mehrere Rechtler mit bisher nutzungsbelasteten Waldparzellen abgefunden, müssen die übrigen Rechtler, deren NRe fortbestehen, zustimmen. Wenn das abgegebene Waldstück seiner Größe nach eine ordnungsgemäße Waldbewirtschaftung ermöglicht, müssen die abgefundenen Rechtler nach § 1 Abs. 1 NRVO eine Waldgenossenschaft gründen⁵⁴⁴.

Vertraglich abgelöste NRe werden, auch wenn sie schon vor 1952 abgelöst wurden, in sinngemäßer Weiteranwendung von Art. 38 Satz 3 GO 1927 zugunsten der Gemeinde als fortbestehend behandelt, da sonst bei ungemessenen NRen eine unzulässige Erweiterung der bestehenbleibenden Rechte einträte⁵⁴⁵. Ihre Weiterübertragung durch die Gemeinde verstieße gegen Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO. Die auf das NR entfallenden Nutzungen gebühren also künftig der Gemeinde, die sich insoweit auch entsprechend an den Lasten und Ausgaben beteiligen muß. Die Gemeinde ist ferner berechtigt, für das abgelöste NR das Stimmrecht auszuüben.

Gibt ein Rechtler durch Vertrag mit der Gemeinde nur einen Bruchteil seines NRes auf, so liegt Zerstückelung vor. Ausnahmefall und wichtiger Grund (Art. 68 Abs. 1 Satz 2 GO) sind bei Ablösung gegeben.

Fräglich ist jedoch, ob es mit dem Grundsatz der Unteilbarkeit und Inhaltsgleichheit der NRe⁵⁴⁶ vereinbar ist, daß NRe durch Einzelvertrag in der Weise zum Teil aufgehoben werden, daß auf eine aus dem NR fließende Teilbefugnis (z. B. Weiderecht) unter Weiterausübung der sonstigen Befugnisse verzichtet wird oder daß ein Teil der belasteten Fläche ausgenommen wird, während die NRe der übrigen Rechtler inhaltlich in vollem Umfang fortbestehen⁵⁴⁷. Man wird, um dem Grundsatz der Unteilbarkeit und Inhaltsgleichheit der NRe gerecht zu werden, solche freiwilligen Einzelteilablösungsverträge dahin auslegen müssen, daß die daran beteiligten Rechtler zwar nach außen dasselbe unteilbare GNR mit demselben Inhalt wie die übrigen Rechtler behalten, sich aber im Innenverhältnis zur Gemeinde verpflichten, eine gewisse Teilbefugnis nicht mehr auszuüben oder einen bestimmten Teil der Allmende nicht mehr zu nutzen.

b) Vertragliche Gesamtablösung

Möglich ist, daß sich alle Rechtler zur vertraglichen Aufhebung ihrer Rechte bereit finden. Die Gemeinde schließt dann mit jedem einen öffentlich-rechtlichen Ablösungsvertrag. Art. 70 GO greift nicht ein, weil eine gegen den Willen einer überstimmten Minderheit durch Verwaltungsakt ausgesprochene Ablösung nicht vorliegt. Wird Grundstücksentschädigung vereinbart, darf sie nicht in völliger Hingabe der bisher mit NRen belasteten Grundstücke bestehen (vgl. Art. 61 Abs. 3 GO); selbst bei ungemessener

⁵⁴⁴ So Helmreich-Widmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO, und Illig S. 158

⁵⁴⁵ Vgl. Helmreich-Widmann, Anm. 12 zu Art. 68 GO, Illig S. 106 und 141

⁵⁴⁶ Vgl. VGH 48/92 und 50/37 sowie oben § 10, I, 3

⁵⁴⁷ Illig S. 108–110 und „Fundstelle“ 1954 Nr. 319 bejahen Zulässigkeit derartiger Teilaufhebungen; a. M. Schick in BVBl. 1960/16

Nutzung muß vielmehr der Gemeinde in jedem Fall in Anrechnung ihres Eigentums am Grund und Boden mindestens ein Drittel der Nutzungsfläche frei von NRe verbleiben. Die Verpflichtung, eine Waldgenossenschaft zu bilden, bemißt sich auch hier nach § 1 Abs. 1 NRVO.

Die Rechtler können ferner vertraglich darin einwilligen, daß die NRe aller an einem Teil der Allmende aufgehoben werden. Dieser Weg erspart oft ein Zwangsaufhebungsverfahren nach Art. 71 GO. Ferner können sich alle Rechtler einstimmig durch Vertrag damit einverstanden erklären, daß ihre NRe künftig im Umfang auf einen Bruchteil eingeschränkt werden. Die dadurch frei werdenden Erträge gebühren fortan der Gemeinde, doch haben die Rechtler in Zukunft nicht Bruchteilsrechte, sondern ganze, allerdings dem Umfang nach auf einen Bruchteil herabgesetzte NRe, die wie bisher jedem das volle Stimmrecht gewähren⁵⁴⁸. Möglich ist schließlich auch, daß alle Rechtler einstimmig durch Vertrag eine von mehreren, aus dem NR entspringenden Teilbefugnissen (z. B. Streurecht) aufgeben, so daß die NRe künftig einen entsprechend eingeschränkten, aber nach wie vor für alle Rechtler gleichen Inhalt erhalten⁵⁴⁹.

2. Einseitiger Verzicht

Im Gegensatz zu den Schuldverhältnissen des bürgerlichen Rechts (vgl. § 397 BGB) fordert der Verzicht auf ein GNR nicht unbedingt einen Aufhebungsvertrag zwischen Gemeinde und Rechtler⁵⁵⁰, sondern es genügt auch die einseitige Willenserklärung des Berechtigten, weil dieser es in der Hand hat, sein NR jederzeit durch Nichtausübung ohne Zutun der Gemeinde erlöschen zu lassen.

Der einseitige Verzicht bedarf keiner Form und kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Bloße Nichtausübung des NRes läßt noch nicht auf Verzichtswillen schließen, dieser muß vielmehr deutlich erkennbar sein⁵⁵¹. Der Verzicht kann das ganze NR, aber auch nur einen Teil desselben oder eine bestimmte Teilbefugnis betreffen⁵⁵². Das Schicksal des NRes, soweit darauf verzichtet wurde, bemißt sich nach denselben Grundsätzen wie bei der vertraglichen Aufhebung⁵⁵³.

In der Praxis kommt einseitiger Verzicht selten vor; denn wer sein NR ganz oder teilweise nicht mehr ausüben will, wird es vorziehen, durch Vertrag mit der Gemeinde eine Entschädigung für den Verzicht auszuhandeln.

Vorübergehender Verzicht auf die Nutzung zugunsten der Gemeinde ist unschädlich, wenn er nicht länger als 10 Jahre dauert⁵⁵⁴.

§ 16 Gemeindenutzungsrechte unterliegen besonderen Erlöschenstatbeständen

Kennzeichnend für das Wesen der GNRe ist zuletzt auch der Umstand, daß sie, weil sie in der heutigen Zeit vielfach als unzeitgemäß und überholt

⁵⁴⁸ Anders, wenn nur ein Rechtler sein NR zu einem Bruchteil vertraglich aufgibt. Hier übt die Gemeinde dann aus jenem Bruchteil das Stimmrecht aus.

⁵⁴⁹ Vgl. oben § 10, I, 3 (Untergang durch Nichtausübung)

⁵⁵⁰ Vgl. VGH vom 20. 6. 1934 in BayGemVZ 1934/852

⁵⁵¹ Vgl. VGH n. F. 2/5

⁵⁵² Vgl. aber die oben § 10, I, 3 aufgezeigten Bedenken

⁵⁵³ Vgl. VGH vom 20. 6. 1934 in BayGemVZ 1934/852

⁵⁵⁴ Vgl. oben § 3, III, 3, c sowie VGH 12/179

empfundener wurden, besonderen Erlöschenstatbeständen unterliegen, die über die bei vergleichbaren Rechten des bürgerlichen Rechts gegebenen Aufhebungsmöglichkeiten hinausgehen. So sieht das Gesetz in Art. 70 und 71 GO besondere Möglichkeiten vor, GNRe gegen angemessene Entschädigung zu beseitigen oder einzuschränken. Auch Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO fördert dadurch, daß jede schuldhaft Unterbrechung in der Ausübung herkömmlicher GNRe deren Untergang nach sich zieht, die allmähliche Beseitigung der GNRe.

I. Die Beseitigung von GNRe vor 1952

1. Zustand bis zum Inkrafttreten der GO 1927 am 1. 4. 1928⁵⁵⁵

Die zwangsweise Beseitigung von GNRe war ursprünglich, von einzelnen Eingriffen der Grundherren oder Landesfürsten abgesehen, nicht üblich. Die Gemeindeedikte von 1808 und 1818/34 sowie die GO 1869 enthielten keinerlei Bestimmungen über die zwangsweise Beseitigung von GNRe⁵⁵⁶. Art. 35 GO 1869 erlaubte der Gemeinde nur, bei einfachen, gegenüber dem Gemeindebedarf nicht bevorzugten NRe die Nutzungen ganz oder teilweise vorübergehend einzuziehen, wenn ein gemeindliches Bedürfnis dies erforderte, also z. B. die Gemeinde dadurch in die Lage versetzt wurde, gemeindliche Aufgaben schneller oder nachhaltiger zu verwirklichen⁵⁵⁷.

2. Die Regelung der GO 1927

Die GO 1927 führte, nachdem die sozialen Umwälzungen nach dem Ersten Weltkrieg die Einrichtung der althergebrachten NRe in Frage gestellt hatten, erstmals eine umfassende Beseitigungsmöglichkeit ein. Die entsprechenden Bestimmungen, die 1935 in die AnglVO übernommen wurden, lauteten:

Art. 38 GO 1927 (= § 8 AnglVO)

„Die Gemeinde kann NRe ohne Entschädigung nur mit Einwilligung der Berechtigten, gegen Entschädigung mit Einwilligung der Mehrheit der Berechtigten aufheben. Werden die Nutzungen nicht zu gleichen Teilen von allen Berechtigten bezogen, so hat jeder Berechtigte soviel Stimmrecht, als der ihm zustehenden Nutzung entspricht.“

Art. 39 GO 1927 (= § 9 AnglVO)

„Wenn die NRe die ordnungsgemäße Bewirtschaftung oder die Verbesserung der belasteten Grundstücke verhindern oder erheblich erschweren, so können sie von der Gemeinde gegen Entschädigung abgelöst werden. Sind die belasteten Grundstücke ganz oder teilweise in den Bereich einer öffentlichen Wasser-, Ödland- oder Flurbereinigungsgenossenschaft einbezogen, so steht auch dieser unter den gleichen Voraussetzungen das Ablösungsrecht zu. Die Ablösung ist nicht zulässig, soweit sie die Wirtschaftsführung der Nutzungsberechtigten in hohem Maße erschweren würde. Die Entschädigung beträgt das Fünfzehnfache des durchschnitt-

⁵⁵⁵ Vgl. Art. 165 GO 1927

⁵⁵⁶ Vgl. VGH 12/185 und 23/94

⁵⁵⁷ Vgl. VGH 11/185

lichen Jahreswertes der Nutzungen, die in den der Ablösung unmittelbar vorausgehenden zehn Jahren bezogen worden sind, abzüglich der . . . Lasten, Ausgaben und Gegenleistungen. Die Entschädigung ist drei Monate nach dem Abschluß der Vereinbarung oder der Rechtskraft der Entscheidung über die Ablösung fällig. Über die Höhe der Entschädigung entscheiden im Streitfall die ordentlichen Gerichte . . .“

3. Die Regelung der Verordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung 1937

Die Reichsverordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung vom 30. 7. 1937 (= VO 1937) (RGBl. S. 876) sollte dazu dienen, die Holzwirtschaft im Dritten Reich zu fördern, und sah Umwandlung (= Umstellung von Brennholzrechten an Holzsorten, die als Nutzholz geeignet sind, auf andere Sorten gleichen Werts; vgl. § 11 VO 1937) und Ablösung gegen Entschädigung (§§ 11, 13, 20 VO 1937) von HNRen jeder Art, also auch von GNRen, durch Entscheidung der höheren Forstaufsichtsbehörde vor⁵⁵⁸.

Zahlreiche Bestimmungen der VO 1937, die bürgerlich-rechtliche HNRe betrafen, wurden durch Urteil des Bayer. Verfassungsgerichtshofs vom 14. 6. 1951⁵⁵⁹ für nichtig erklärt. Hinsichtlich der übrigen Bestimmungen entstand nach Erlaß der GO 1952 Streit, ob die VO 1937 in Anbetracht der Art. 70 und 71 GO für GNRe noch gelte⁵⁶⁰. Inzwischen hat Art. 48 Abs. 1 Buchst. b und c, Abs. 2 FRG die VO 1937 auch für GNRe förmlich außer Kraft gesetzt, wobei allerdings vorausgesetzt wurde, daß die VO 1937 nicht nach Art. 74 Nr. 17, Art. 125 Nr. 1 GG Bundesrecht geworden war.

II. Die Ablösung von GNRen nach Art. 70 GO 1952⁵⁶¹

1. Begriff der Ablösung

GNRe können nunmehr nach Art. 70 Satz 1 GO von der Gemeinde mit Zustimmung der Mehrheit der Berechtigten gegen Entschädigung abgelöst werden. Art. 70 GO übernimmt insoweit fast wörtlich Art. 38 GO 1927. Unter „Ablösung“ versteht das Gesetz hier im Gegensatz zur freiwilligen vertraglichen Aufhebung von NRen und zur Aufhebung von NRen durch die Rechtsaufsichtsbehörde den Fall, daß alle GNRe einer Ortsgemarkung ganz oder teilweise mit Zustimmung der Mehrheit der Berechtigten, aber gegen den Willen einer Minderheit, durch die Gemeinde gegen Entschädigung abgelöst werden. Daß sich diese Art der Beseitigung von NRen grundsätzlich auf alle Rechte erstrecken muß, die innerhalb der Ortsgemarkung bestehen, ergibt sich aus der Wendung „mit Zustimmung der Mehrheit“⁵⁶². Die Ablösung nach Art. 70 GO muß daher auch bei mengenmäßig abgestuften GNRen begrifflich alle NRe erfassen. Sie kann höchstens dort, wo es im selben Ort zwei oder mehr inhaltlich völlig verschiedene Arten von GNRen gibt, auf eine Kategorie von NRen beschränkt werden. Haben öffentliche

⁵⁵⁸ Einzelheiten siehe Mang (Heigl) S. 279

⁵⁵⁹ VfGH n. F. 4, II 109 = GVBl. 1951 S. 155

⁵⁶⁰ Bejahend Helmreich-Widtmann, Anm. 9 zu Art. 68 GO, zweifelnd Mang (Heigl) S. 266, Fußnote

⁵⁶¹ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Illig S. 103 ff.

⁵⁶² Vgl. auch Helmreich-Widtmann, Anm. 2 zu Art. 70 GO; a. M. Masson, Anm. 1 zu Art. 70 GO

Einrichtungen wie z. B. die Pfarrpfünde- oder die Kirchenstiftung ein GNR gleich den übrigen Rechlern, so muß auch dieses mit abgelöst werden. NRe in Form von Besoldungsbezügen sind hingegen nicht nach Art. 70 GO, sondern nur nach den Bestimmungen des FRG ablösbar, weil es sich nicht um GNRe handelt⁵⁶³.

2. Rechtsnatur der Ablösung

Die Ablösung nach Art. 70 GO wurde ursprünglich von vielen als öffentlich-rechtlicher Vertrag aufgefaßt. Illig⁵⁶⁴ sprach unter Hinweis auf VGH 53/196 von einem Bündel öffentlich-rechtlicher Einzelvereinbarungen mit der Besonderheit, daß die widersprechende Minderheit kraft Gesetzes von der Mehrheit vertreten und in die vertragliche Regelung einbezogen werde; die Gemeinde übe keine hoheitliche Gewalt aus, was die Ablösung anbetreffe. Hölzl-Rollwagen⁵⁶⁵ nahm Vertrag gegenüber der Mehrheit und Verwaltungsakt gegenüber der Minderheit an.

Demgegenüber wird heute, einem Urteil des BayObLG vom 22. 12. 1961⁵⁶⁶ folgend, fast einhellig die Meinung vertreten, der Ablösungsbeschluß der Gemeinde sei ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt⁵⁶⁷. Nach Auffassung des BayObLG nimmt die Gemeinde mit dem Ablösungsbeschluß nicht nur als Trägerin und Verwalterin des Gemeindevermögens am bürgerlich-rechtlichen Geschäftsverkehr teil, sondern sie beendet in Ausübung ihres allgemeinen Verwaltungsrechts, nicht nur in Wahrnehmung fiskalischer Interessen, ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis. Die Theorie eines Zwangsvertrages sowie die Aufspaltung des Ablösungsaktes in Vertrag gegenüber der Mehrheit und Verwaltungsakt gegenüber der Minderheit werden als zu gekünstelt abgelehnt.

Dem BayObLG ist grundsätzlich darin beizupflichten, daß es sich bei dem Ablösungsbeschluß der Gemeinde nach Art. 70 GO um einen zustimmungsbedürftigen (belastenden) Verwaltungsakt handelt. Es gibt zwar kein allgemeines Verwaltungsrecht, das die Gemeinde ermächtigen würde, im öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnis den Rechlern hoheitlich im Verhältnis von Über- und Unterordnung gegenüberzutreten, denn die Gemeinde ist hier – auf gleicher Ebene – Partnerin eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses, doch räumt der Gesetzgeber in Art. 70 GO der Gemeinde ausnahmsweise die Befugnis ein, durch Hoheitsakt rechtsgestaltend auf das Nutzungsverhältnis einzuwirken und die Einrichtung der NRe in dem betreffenden Ort zu beseitigen oder einzuschränken, wenn die Zustimmung der Mehrheit der Rechlern vorliegt.

Dies gilt aber nur für den endgültigen Ablösungsbeschluß des Gemeinderats, der erst ergeht, wenn die Gemeinde sich mit der Rechlernmehrheit über die Entschädigung in allen Einzelheiten geeinigt hat. Der vorbereitende Beschluß, der nur den Willen der Gemeinde, eine Ablösung der GNRe her-

⁵⁶³ A. M. offenbar Illig S. 106

⁵⁶⁴ Vgl. Illig S. 119, 121 und 127–129

⁵⁶⁵ Hölzl-Rollwagen, Anm. 2, b zu Art. 70 GO

⁵⁶⁶ Wiedergegeben in „Fundstelle“ 1962 Nr. 426 = BayObLGZ 1961, 11. Band, S. 373 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. z. B. Helmreich-Widtmann, Anm. 2 zu Art. 70 GO; ferner Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 283; ebenso Masson, Anm. 5 zu Art. 70 GO

beizuführen, kundgibt, ist noch kein Verwaltungsakt. Verwaltungsakt ist im übrigen auch nur derjenige Teil des endgültigen Gemeinderatsbeschlusses, der die Ablösung der NRe ausspricht, nicht jedoch die vorausgehende oder gleichzeitig erfolgende Entschädigungsregelung, denn diese ist für die überstimmte Minderheit nicht verbindlich. Bei der Entschädigungsregelung handelt es sich vielmehr um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag der Gemeinde mit der Rechtlermehrheit, der gegenüber der Minderheit als gemeindliches Vertragsangebot wirkt, aber das Recht der Minderheit auf angemessene Entschädigung (auf Verlangen auch in Grundstücken, vgl. Art. 70 Satz 3 GO) nicht berührt⁵⁶⁸. Nimmt die Minderheit die dargebotene Entschädigung an, schließt auch sie mit der Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsvertrag. Ist sie aber damit nicht zufrieden, bleibt ihr der Klageweg.

Sind alle Rechtler mit der Gemeinde über die Ablösung und die Entschädigung einig, so liegt ein Fall des Art. 70 GO nicht vor, sondern die Aufhebung der GNRe geschieht durch öffentlich-rechtliche Ablösungsverträge der Rechtler mit der Gemeinde⁵⁶⁹.

Der Verwaltungsakt der Ablösung nach Art. 70 GO stellt gegenüber sämtlichen, auch den ablösungsbereiten Rechtlern, einen gesetzlich geregelten Sonderfall der Enteignung dar⁵⁷⁰, weil es sich um eine einheitliche, hoheitliche Entscheidung handelt, die alle GNRe zugleich beseitigt.

3. Die Voraussetzungen der Ablösung im einzelnen

a) Der Gemeinderatsbeschluß

Die Ablösung erfordert, da sie kein einfaches Geschäft der laufenden Verwaltung nach Art. 37 GO ist, stets einen Gemeinderatsbeschluß. Dieser muß die abzulösenden NRe genau bezeichnen und die mit der Rechtlermehrheit vereinbarte Entschädigung angeben, da diese Voraussetzung für die Zustimmung der Mehrheit zur Ablösung ist. Der Gemeinderatsbeschluß bedarf keiner besonderen Form. Wird Abfindung in Grundstücken gewährt, erübrigt sich die notarielle Beurkundung nach § 313 BGH, weil sich die Übereignungspflicht der Gemeinde unmittelbar aus Art. 70 Satz 3 GO ergibt und durch die Entschädigungsvereinbarung lediglich konkretisiert wird⁵⁷¹. Die Rücknahme des Ablösungsbeschlusses (z. B. wegen Irrtums oder Täuschung) richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Rücknahme belastender Verwaltungsakte.

Besteht eine Gemeinde aus mehreren ehemaligen Ortschaften, so erfolgt die Ablösung der GNRe für jede Ortsgemarkung, in der NRe wurzeln, in einem gesonderten Verfahren⁵⁷². Ist die frühere Ortschaft im Gemeinderat nicht vertreten, so muß vor der Abstimmung der Ortsausschuß oder bei dessen Fehlen ein Vertreter des betreffenden Gemeindeteils gehört werden

⁵⁶⁸ A. M. Illig S. 128 und 136: Der Beschluß der Mehrheit binde die Minderheit auch hinsichtlich der Entschädigung.

⁵⁶⁹ Näheres über vertragliche Aufhebung siehe oben § 15, IV, 1, b

⁵⁷⁰ So VGH 53/197 (für Art. 38 GO 1927), ebenso Helmreich-Widtmann, Anm. 6 zu Art. 70 GO

⁵⁷¹ Vgl. auch Illig S. 120 (unter Hinweis auf VGH 53/196)

⁵⁷² Vgl. Helmreich-Widtmann, Anm. 5 zu Art. 70 GO

(Art. 67 Abs. 4, Art. 66 GO). Die Anhörung eines Ortsvertreters kann allerdings schon darin erblickt werden, daß die Rechtler der Ortschaft über die Ablösung abstimmen⁵⁷³.

b) Der Mehrheitsbeschluß der Rechtler

Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes der Ablösung ist, daß sich die Rechtlermehrheit dafür ausgesprochen hat (Art. 70 Satz 1 GO). Gegenstand der Abstimmung ist die Frage, ob die NRe gegen die von der Gemeinde angebotene Entschädigung abgelöst werden sollen. Die zu Beginn der Ablösungsverhandlungen vorzunehmende informatorische Abstimmung der Rechtler, ob überhaupt eine Ablösung versucht werden soll, hat demgegenüber noch keine rechtliche Wirkung.

Der Umstand, daß das Gesetz die Rechtler hier ausnahmsweise als Gemeinschaft behandelt, ändert nichts daran, daß sie keinen öffentlich-rechtlich anerkannten Personenverband bilden und daß ihre NRe Individualrechte sind.

Die Stimmberechtigung richtet sich gemäß Art. 70 Satz 2 GO nach den Anteilen am Gesamtnutzungsrecht, d. h., jeder Rechtler hat soviel Stimmrecht, als der ihm zustehenden Nutzung entspricht.

Für NRe oder Bruchteile von solchen, die durch Einzelvertrag bereits früher abgelöst wurden, übt die Gemeinde in sinngemäßer Weiteranwendung von Art. 38 Satz 3 GO 1927 das Stimmrecht aus; denn es muß bei zusammenhängender Betrachtung der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber im wesentlichen die bisherige Regelung beibehalten wollte, die eine Ablösung von GNREN als wünschenswert ansah. Das Stimmrecht der Gemeinde rechtfertigt sich im übrigen auch daraus, daß die in der Vergangenheit bereits abgefundenen Rechtler ihren Ablösungswillen schon zu erkennen gegeben haben.

Wer mehrere Stimmen hat, kann nur einheitlich abstimmen⁵⁷⁴. Die Stimmabgabe kann als öffentlich-rechtliche Willenserklärung analog §§ 119–124, 142–144 BGB angefochten werden.

c) Beteiligung der Rechtsaufsichtsbehörde

Eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde ist zur Ablösung nicht erforderlich, doch muß die Regierung, wenn Waldabfindung gewährt wird, nach § 8 Abs. 1 NRVO die Satzung der zu bildenden Waldgenossenschaft genehmigen, so daß die Rechtsaufsichtsbehörden wenigstens in diesen Fällen Gelegenheit erhalten, die Rechtmäßigkeit der Ablösung zu überprüfen und zu verhindern, daß Gemeindevermögen verschenkt wird (Art. 61 Abs. 3 GO).

d) Ausschluß der Nichtrechtler

Gemeindebürger ohne GNR sind an der Ablösung nicht beteiligt; ihre Interessen werden durch die Gemeinde wahrgenommen. — Die Zustimmung etwaiger Gläubiger, die eine Hypothek am berechtigten Anwesen oder ein Pfandrecht am GNR haben, ist in Art. 70 GO, der die Voraussetzungen der

⁵⁷³ Vgl. Illig S. 120

⁵⁷⁴ Vgl. Illig S. 135

Ablösung erschöpfend regelt, nicht vorgesehen. Im übrigen bedarf es schon deshalb keiner Zustimmung der Gläubiger, weil die GNRe von der dinglichen Hypothekenhaftung nicht erfaßt werden⁵⁷⁵ und, was die Verpfändung oder Pfändung von GNRen anbetrifft, § 1276 BGB bzw. §§ 857, 804 Abs. 2 ZPO, § 1276 BGB nur für die durch Rechtsgeschäft, nicht hingegen für die durch Verwaltungsakt erfolgende Aufhebung des verpfändeten oder gepfändeten Rechts gelten⁵⁷⁶.

4. Sonderfälle der Ablösung

a) Teilablösung

Daraus, daß in Art. 70 GO nur von NRen schlechthin die Rede ist, kann nicht entnommen werden, die Ablösung müsse stets zur völligen Beseitigung der NRe führen. Zwar muß die Ablösung grundsätzlich alle GNRe erfassen, doch können alle NRe, wenn schon ihre völlige Beseitigung möglich ist, mit Zustimmung der Mehrheit erst recht nur zu einem Bruchteil⁵⁷⁷ oder nur bezüglich einer Teilbefugnis abgelöst werden⁵⁷⁸.

b) Ablösung von GNRen an dinglichen Rechten der Gemeinde

Erstrecken sich die NRe ausnahmsweise nicht auf gemeindliche Grundstücke, sondern auf dingliche Rechte der Gemeinde an fremden Grundstücken (z. B. Holzrecht am Staatsforst oder Weiderecht an fremder Flur), so kann die Gemeinde die NRe nach Art. 70 GO ablösen und ihre dinglichen Rechte fortan unbelastet selber ausüben.

Will sie hingegen ihre dinglichen Rechte gegen Entschädigung (vgl. Art. 18 ff. FoG, Art. 6 ff. WeideG) ablösen, womit der Gegenstand der Nutzung entfiehe, so braucht sie die Zustimmung aller Rechtler, andernfalls macht sie sich – unbeschadet der Wirksamkeit einer ohne Zustimmung der Rechtler erfolgenden Ablösung – diesen gegenüber schadensersatzpflichtig⁵⁷⁹. Die Gemeinde handelt nämlich rechtswidrig, wenn sie den Gegenstand der Nutzung preisgibt, ehe die darauf ruhenden GNRe in einem Verfahren nach Art. 70 oder 71 GO beseitigt wurden. Eine mit Zustimmung der Rechtler durchgeführte Ablösung dinglicher Rechte der Gemeinde bedeutet im Ergebnis gleichzeitig eine vertragliche Aufhebung der daran bestehenden GNRe⁵⁸⁰.

Erhält die Gemeinde bei Ablösung eines dinglichen Rechts einen Teil des belasteten Grundstücks als Abfindung, so werden die GNRe insoweit nicht gegenstandslos⁵⁸¹, sondern bestehen an jenem Teilstück weiter. Eine verbotene Neubegründung von GNRen kann hierin nicht erblickt werden,

⁵⁷⁵ Näheres siehe oben § 4, III, 1; vgl. auch VG Ansbach, Urteil vom 13. 12. 1960 Nr. 2637–II/60

⁵⁷⁶ Vgl. oben § 15, III, 4; a. M. Illig S. 125

⁵⁷⁷ Z. B. Beschränkung der Nutzung auf die halbe Menge oder auf die Hälfte der belasteten Fläche

⁵⁷⁸ Vgl. Illig S. 127

⁵⁷⁹ So „Fundstelle“ 1954 Nr. 319 Ziff. 4

⁵⁸⁰ Für Forstrechte gilt die Besonderheit, daß nach Art. 24 Abs. 2 FRG eine Geldabfindung an die Stelle des Rechts tritt, GNRe also ausnahmsweise am Gelderlös fortbestehen

⁵⁸¹ A. M. Mayer in „Fundstelle“, Sonderheft 310, S. 10

weil sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern, sondern die Gemeinde zusätzlich zu ihrem Recht, jene Fläche zu nutzen – woran die Rechtler durch ihre GNRe Anteil hatten –, noch das Eigentum hinzu erhält. Hinsichtlich der übrigen Fläche, welche die Gemeinde künftig nicht mehr nutzen darf, muß sie die Rechtler, wenn sie deren GNRe insoweit nicht abgelöst hat, entschädigen.

c) Ablösungsvergleich

Herrscht über Art und Umfang der Nutzung sowie der Lasten, Ausgaben und Gegenleistungen zwischen Gemeinde und Rechtlern Unklarheit, so können im Wege beiderseitigen Nachgebens vergleichsweise gewisse Unklarheiten⁵⁸² bei der Ablösung außer Betracht bleiben oder gegeneinander aufgewogen werden. Wenn die Rechtler z. B. auf die Geltendmachung einer Schafweidebefugnis, deren ununterbrochene Ausübung nicht hinreichend nachgewiesen erscheint, verzichten, kann die Gemeinde etwa davon absehen, zu Lasten der Rechtler bei Berechnung der Entschädigung Gegenleistungen (z. B. in Form von Wegebauarbeiten) anzusetzen, deren Zusammenhang mit der Nutzung nicht zweifelsfrei feststeht. Die Ablösung der NRe erfolgt aber auch in diesen Fällen durch Verwaltungsakt, der Vergleich wirkt sich nur auf die vertragliche Entschädigungsregelung aus.

5. Die Entschädigung

a) Die Entschädigungspflicht

Gemäß Art. 70 Satz 1 GO hat jeder Rechtler bei Ablösung der NRe Anspruch auf Entschädigung, sofern er nicht darauf verzichtet. Vereinbarungen der ablösungsbereiten Rechtlermehrheit mit der Gemeinde berühren den Entschädigungsanspruch der mit der Ablösung nicht einverstanden Min- derheit nicht.

Gegenüber Hypothekengläubigern besteht keine Entschädigungspflicht, weil GNRe von der dinglichen Hypothekenhaftung nicht erfaßt werden⁵⁸³. Pfandgläubiger, die ein Pfandrecht am GNR haben, braucht die Gemeinde gleichfalls für den als Folge der Ablösung eintretenden Pfandverlust nicht zu entschädigen, weil es im Wesen der GNRe begründet liegt, daß sie ohne Zutun des Gläubigers durch Nichtausübung oder Ablösung untergehen.

b) Die Höhe der Entschädigung

Die Entschädigung muß, da es sich um einen gesetzlich geregelten Sonderfall der Enteignung handelt, jedenfalls für die Rechtler, die der Ablösung nicht zustimmten, angemessen sein⁵⁸⁴. Als Grundlage einer angemessenen

⁵⁸² Sind hingegen alle GNRe nur mangelhaft nachgewiesen, dürfte ein Vergleich, der die GNRe als bestehend anerkennt, aber die Entschädigung im Hinblick auf den mangelhaften Nachweis niedriger ansetzt, erheblichen Bedenken begegnen, weil die Gemeinde nur solche GNRe zu befriedigen braucht, die hinreichend nachgewiesen sind.

⁵⁸³ Vgl. oben § 4, III, 1

⁵⁸⁴ Art. 14 Abs. 3 GG und Art. 159 Satz 1 BV; vgl. ferner Illig S. 119; Helmreich-Widtmann, Anm. 6 zu Art. 70 GO; Masson, Anm. 4 zu Art. 70 GO; Hölzl-Rollwagen, Anm. 2, d zu Art. 70 GO, spricht sich hingegen für volle, nicht nur für angemessene Entschädigung aus.

Entschädigung wird man im allgemeinen in entsprechender Anwendung der in Art. 71 Abs. 2 GO niedergelegten Grundsätze das Fünfundzwanzigfache des durchschnittlichen jährlichen Reinertrags der Nutzungen ansehen dürfen, die in den der Ablösung unmittelbar vorausgehenden 15 Jahren gezogen wurden oder bei ungehinderter, rechtmäßiger Ausübung des NRes hätten gezogen werden können. Wird jedoch die nutzungsbelastete Fläche aufgeteilt und den Rechtlern teilweise als Entschädigung überlassen, so ist die Angemessenheit der Entschädigung auf andere Weise zu ermitteln, wie im folgenden Abschnitt näher dargelegt werden wird.

c) Die Art der Entschädigung

Die Entschädigung nach Art. 70 Satz 1 GO ist zwar grundsätzlich in Geld zu gewähren; sie hat aber gemäß Art. 70 Satz 3 GO auf Verlangen der Berechtigten in Grundstücken zu erfolgen. Daß das Gesetz hier von „Berechtigten“ in der Mehrzahl spricht, besagt nicht, daß nur mehrere zugleich das Verlangen nach Grundstücksabfindung stellen könnten; jeder Rechtler kann vielmehr, weil die GNRe Individualrechte sind, dieses Verlangen für sich allein stellen⁵⁸⁵. Wünscht die ablösungswillige Mehrheit Geldentschädigung, kann die überstimmte Minderheit gleichwohl Grundstücksabfindung fordern, denn Art. 70 Satz 3 GO spricht nicht von „Mehrheit“. Umgekehrt bindet das Verlangen der Mehrheit, in Grundstücken entschädigt zu werden, die Minderheit, die Geldentschädigung vorzieht, nicht⁵⁸⁶. Grundstücksentschädigung kann nach dem Wortlaut des Gesetzes sogar bei Ablösung von GNRen, welche an dinglichen Rechten der Gemeinde bestehen, gefordert werden.

Geschieht die Abfindung in der Weise, daß die belasteten Grundstücke zwischen Gemeinde und Rechtlern aufgeteilt werden, so müssen vorweg die Ertragswerte der belasteten Grundstücke und das Verhältnis der an die Gemeinde und der an die Rechtler geflossenen Nutzungen durch Sachverständige ermittelt werden. In jedem Fall muß von vornherein etwa ein Drittel der nutzungsbelasteten Fläche aus der Berechnung ausgeklammert und der Gemeinde lastenfrei zum Ausgleich für die Preisgabe ihres Eigentums an den für die Rechtler vorgesehenen Grundstücken verbleiben (so genannte Faustregel), da das Eigentum am Grund und Boden stets einen gesonderten Wertfaktor darstellt, auch wenn die gesamte Nutzung den Rechtlern gebührt. Erstrecken sich die NRe als ungemessene Rechte auf den gesamten Ertrag, so wird die Hingabe der restlichen zwei Drittel des bisher belasteten Grund und Bodens an die Rechtler im allgemeinen als angemessene Entschädigung anzusehen sein. Verteilte sich die Nutzung jedoch auf die Gemeinde und die Rechtler, so wird eine angemessene Entschädigung am ehesten dadurch erreicht, daß die verbleibende Zweidrittelfläche nach dem Verhältnis des bisherigen Nutzungsanteils zwischen Gemeinde und Rechtlern geteilt wird⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Vgl. auch Illig S. 113 und Masson, Anm. 7 zu Art. 70 GO

⁵⁸⁶ A. M. IME vom 21. 3. 1963 Nr. I B 1 – 3003–92/2

⁵⁸⁷ Einzelheiten siehe bei Illig S. 117–119. Zur Nichtanwendung von Art. 71 Abs. 2 GO bei Aufteilung der Nutzfläche vgl. auch Mayer in „Fundstelle“, Sonderheft 310, S. 35

Die Gemeinde braucht allerdings die Nutzungsfläche nicht aufzuteilen, sondern kann auch andere, bisher unbelastete Grundstücke unter Zugrundelegung ihres Ertragswertes hingeben. Die Entschädigungsgrundstücke müssen ferner nicht der bisherigen Nutzungsart entsprechen. Für die Preisgabe von NRe am Wald können z. B. Wiesen oder Äcker hingegeben werden. Über die bei Waldabfindung zu bildende Waldgenossenschaft siehe unten 8, a.

Zulässig ist auch, die Rechtler teils in Geld, teils in Grundstücken zu entschädigen oder in anderer Form Naturalentschädigung zu gewähren, z. B. die zeitweise Nutzung gemeindlicher Äcker und Wiesen nach bürgerlichem Recht zuzugestehen⁵⁸⁸.

6. Die Wirkung des Verwaltungsakts der Ablösung

Aus der Natur der Ablösung als Verwaltungsakt folgt, daß die NRe, wenn kein späterer Zeitpunkt bestimmt wird, in dem Augenblick erlöschen, in dem die Zustimmung der Rechtlermehrheit vorliegt und der endgültige Gemeinderatsbeschluß über die Ablösung bekanntgegeben wird. Die auf der Konstruktion der Ablösung als eines öffentlich-rechtlichen Vertrages beruhende Ansicht, die NRe gingen erst Zug um Zug gegen Erfüllung der von der Gemeinde übernommenen Verpflichtungen unter⁵⁸⁹, findet im Gesetz keine Stütze. Sie würde dazu führen, daß infolge der bei Durchführung der Entschädigungsvereinbarung und bei Bildung einer Waldgenossenschaft häufig auftretenden Hindernisse die NRe oft erst Jahre nach der Ablösung untergingen. Der Ausweg⁵⁹⁰, die NRe in solchen Fällen wenigstens dann untergehen zu lassen, wenn die Übereignung der Abfindungsgrundstücke an den letzten mitwirkungsbereiten Rechtler stattgefunden hat, erscheint willkürlich und ist aus dem Gesetz nicht zu begründen.

Wird Entschädigung in Grundstücken gewährt, so ist die Gemeinde im Zweifel, wenn entsprechende Vereinbarungen nicht getroffen wurden, nach Treu und Glauben verpflichtet, in dem Zeitpunkt, in dem die NRe erlöschen, Besitz, Nutzungen und Lasten der zu übereignenden Grundstücke auf die Rechtler zu übertragen, auch wenn der Eigentumsübergang noch nicht sofort erfolgen kann. Auch andere Entschädigungspflichten werden im Zweifel zu diesem Zeitpunkt fällig.

7. Rechtsweg für Ablösungsstreitigkeiten

Darüber, in welchem Rechtsweg Ablösungsstreitigkeiten auszutragen sind, sind die Meinungen geteilt. Illig⁵⁹¹ hält – auch bei Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung – die Verwaltungsgerichte für zuständig. Dabei ist es seiner Meinung nach z. B. zulässig, daß die überstimmte Minderheit, die nicht ablösen will und hinsichtlich der Entschädigung zu kurz zu kom-

⁵⁸⁸ Vgl. Illig S. 111–114

⁵⁸⁹ So Illig S. 142–143, 147 und 152

⁵⁹⁰ So Illig S. 147

⁵⁹¹ Illig S. 115 und 119

men glaubt, gegen die Rechtlermehrheit klagt⁵⁹². Nach anderen⁵⁹³ entscheiden die Verwaltungsgerichte jedoch nur, wenn die Ablösung als solche angefochten wird, während über die Entschädigung die Zivilgerichte entscheiden.

Dieser letztgenannten Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen, doch muß im einzelnen unterschieden werden:

a) Der Verwaltungsakt der Ablösung

Wenn die Mehrheit der Rechtler auf Grund der getroffenen Entschädigungsvereinbarung der Ablösung zugestimmt hat und der Gemeinderatsbeschluß hierüber verkündet worden ist, ist der Verwaltungsakt der Ablösung wirksam und rechtmäßig. Dies gilt auch dann, wenn die vereinbarte Entschädigung der Minderheit nicht angemessen erscheint, weil der Ablösungsbeschluß keine verbindliche Entscheidung über die den Rechtlern der Minderheit zustehende Entschädigung enthält.

Wer behauptet, daß der Verwaltungsakt der Ablösung nichtig sei, weil die Zustimmung der Mehrheit (z. B. nach Anfechtung einer Stimmabgabe) nicht vorliege, oder daß der Verwaltungsakt sonst fehlerhaft sei, muß nach entsprechendem Vorverfahren (Widerspruch zur Rechtsaufsichtsbehörde, §§ 68 ff. VwGO) vor dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage gegen den Ablösungsbeschluß erheben.

b) Art und Höhe der Entschädigung

Wenn sich Gemeinde und Rechtlermehrheit über Art und Höhe der Entschädigung nicht einigen, so ist die Ablösung mangels Zustimmung gescheitert. Stimmt die Mehrheit aber zu, gilt folgendes:

Die Angehörigen der Rechtlermehrheit, die ihre Rechte aus der Entschädigungsvereinbarung mit der Gemeinde geltend machen wollen, müssen die Gemeinde vor dem Verwaltungsgericht auf Erfüllung der Entschädigungsvereinbarung verklagen; denn Streitgegenstand ist hier nicht der unmittelbar aus der Verfassung und aus Art. 70 Satz 1 GO abgeleitete Anspruch auf Entschädigung für erlittenen Rechtsverlust, sondern der Anspruch aus einem konkreten öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Die Rechtler der Minderheit hingegen können, wenn die Ablösung mit Zustimmung der Mehrheit erfolgte, nicht mit Erfolg den Verwaltungsakt der Ablösung anfechten, sondern müssen, wenn sie die ihnen dargebotene Entschädigung für zu gering ansehen, vor den Zivilgerichten auf angemessene Entschädigung klagen (Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG, Art. 159 Satz 2 BV, vgl. auch Art. 71 Abs. 3 GO); denn ihnen gegenüber liegt Enteignung vor. Wurde ihr nach Art. 70 Satz 3 GO gestelltes Verlangen, in Grundstücken entschädigt zu werden, von der Gemeinde übergangen, so gilt dasselbe, denn eine Klage auf angemessene Grundstücksentschädigung (auf Übereignung bestimmter Parzellen besteht kein Anspruch!) hat gleichfalls die Höhe der Entschädigung zum Gegenstand.

⁵⁹² So Illig S. 137—138

⁵⁹³ Vgl. Hölzl-Rollwagen, Anm. 2, f zu Art. 70 GO; ferner Mayer in „Fundstelle“, Sonderheft 310, S. 14, und Helmreich-Widmann, Anm. 8 zu Art. 70 GO (Art und Höhe der Entschädigung von den Zivilgerichten zu entscheiden)

An eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte könnte höchstens dann gedacht werden, wenn die Gemeinde zwar grundsätzlich zu angemessener Entschädigung bereit ist, aber nur Geld und keine Grundstücke hinzugeben bereit ist.

8. Die Erfüllung der Ablösungsvereinbarungen

Soweit nicht Geldentschädigung gewährt wird, ist folgendes zu beachten:

a) Bildung einer Waldgenossenschaft

Werden Nutzungsberechtigte mit Waldgrundstücken abgefunden, sind sie nach Art. 70 Satz 4 GO, § 1 Abs. 1 NRVO verpflichtet, zur Aufrechterhaltung einer gesunden Waldbewirtschaftung unter staatlicher Forstaufsicht eine Waldgenossenschaft zu gründen und hierfür eine Satzung zu vereinbaren. Näheres regelt die NRVO. Erst wenn die Regierung nach § 8 Abs. 1 NRVO die Satzung genehmigt hat, darf die Gemeinde das Eigentum an den Waldgrundstücken den Rechtlern übertragen. Bei vertraglicher Ablösung gilt dasselbe.

Die Verpflichtung, eine Waldgenossenschaft zu bilden, entfällt, wenn die zu übertragenden Waldgrundstücke für eine ordnungsgemäße Waldbewirtschaftung zu klein sind, was in der Regel bei Waldungen unter 10 ha anzunehmen ist⁵⁹⁴.

Die Waldgenossenschaft ist ihrer Rechtsnatur nach keine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft im Sinne des Genossenschaftsgesetzes (GenG) vom 1. 5. 1889⁵⁹⁵, sondern gemäß § 1 Abs. 2 NRVO Körperschaft öffentlichen Rechts, weil die Aufrechterhaltung einer gesunden Waldbewirtschaftung dem öffentlichen Interesse dient und insoweit öffentliche Aufgaben weitergeführt werden. Die Waldgenossenschaft ist eine öffentlich-rechtliche Realgemeinde der einstigen Allmendenutzungsberechtigten.

Wie sich aus § 1 Abs. 3 NRVO ergibt, kann die Waldgenossenschaft selbst Eigentümer der Abfindungsgrundstücke werden (Eigentumsgenossenschaft); die Grundstücke können aber auch – je nach Vereinbarung – auf die einzelnen Genossenschaftsmitglieder zu Alleineigentum oder zu Miteigentum nach Bruchteilen übertragen werden (Betriebsgenossenschaft)⁵⁹⁶.

b) Übertragung der Abfindungsgrundstücke

Welche Grundstücke zu übertragen sind und ob die Rechtler oder die Genossenschaft das Eigentum erhalten sollen, ergibt sich aus der Entschädigungsvereinbarung der Gemeinde mit der Rechtlermehrheit, wenn die Rechtler der Minderheit das Entschädigungsangebot angenommen haben, andernfalls aus einem etwa erstrittenen Urteil oder aus einem gerichtlichen Vergleich.

Zur Übertragung des Eigentums an den Abfindungsgrundstücken ist erforderlich, daß ein bevollmächtigter Vertreter der Gemeinde⁵⁹⁷ und die Rechtler oder ihr bevollmächtigter Vertreter bei gleichzeitiger Anwesenheit

⁵⁹⁴ Vgl. IME vom 23. 11. 1960 Nr. I B 1–3003–92/3 (nicht veröffentlicht)

⁵⁹⁵ A. M. Hölzl-Rollwagen, Anm. 2, g zu Art. 70 GO

⁵⁹⁶ Vgl. IME vom 5. 7. 1954 [MABl. 1954/670]

⁵⁹⁷ In der Regel der erste Bürgermeister

vor einem Notar über den Eigentumsübergang einig zu sein erklären (Auflassung, § 925 BGB) und daß die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen wird (§ 873 BGB). Ein öffentlich beglaubigter Auszug aus dem Beschlußbuch der Gemeinde genügt hingegen zur Grundbucheintragung nicht. Sind die GNRe im Grundbuch eingetragen, müssen die Rechtler außerdem trotz der nur deklaratorischen Wirkung der Grundbucheintragung nach § 19 GBO eine Löschungsbewilligung in notarieller Form abgeben. Weigert sich die Gemeinde, die vereinbarten Grundstücke zu übertragen, so müssen die Rechtler vor dem Landgericht auf Abgabe der Auflassungserklärung klagen (§ 894 ZPO) oder die Rechtsaufsichtsbehörden zum Einschreiten veranlassen⁵⁹⁸. Umgekehrt kann auch die Gemeinde Rechtler, die sich weigern, die mit ihnen vereinbarte Grundstücksentschädigung entgegenzunehmen, vor dem Landgericht auf Annahme der Auflassungserklärung (§ 894 ZPO) verklagen. Haben Rechtler der überstimmten Minderheit jedoch im Gegensatz zur ablösungswilligen Mehrheit kein Verlangen nach Grundstücksabfindung gestellt, weil ihnen eine Geldentschädigung lieber ist, so können sie nicht mit Aussicht auf Erfolg auf Entgegennahme der Auflassung von Grundstücken verklagt werden, weil das Gesetz der Gemeinde keine Handhabe gibt, die Minderheit zur Annahme von Grundstücken zu zwingen.

III. Die Aufhebung von GNRen nach Art. 71 GO

1. Begriff der Aufhebung nach Art. 71 GO

Nach Art. 71 Abs. 1 GO können GNRe insoweit, als die Gemeinde mit NRen belastete Grundstücke ganz oder teilweise aus Gründen des Gemeinwohls zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigt, auf Antrag der Gemeinde durch die Rechtsaufsichtsbehörde aufgehoben werden⁵⁹⁹. Es handelt sich hier ähnlich wie bei der in Art. 70 GO geregelten Ablösung um einen Sondertatbestand der zwangsweisen Beseitigung oder Einschränkung von NRen durch Verwaltungsakt und um einen gesetzlich geregelten Enteignungsfall⁶⁰⁰. Im Gegensatz zur Ablösung erläßt jedoch bei der Aufhebung von NRen nicht die Gemeinde, sondern die Rechtsaufsichtsbehörde den Verwaltungsakt. Ferner ist die Aufhebung nicht von einer Zustimmung der Mehrheit der Berechtigten, sondern vom Vorliegen dringenden Eigenbedarfs der Gemeinde hinsichtlich der Grundstücke abhängig und erstreckt sich im allgemeinen nicht auf das gesamte genutzte Gelände, sondern nur auf einen Teil desselben. Die Aufhebung erfaßt aber wie die Ablösung nach Art. 70 GO grundsätzlich alle NRe, sofern nicht an dem benötigten Grundstück nur ein Teil der Rechtler berechtigt ist. Von der vertraglichen Aufhebung unterscheidet sich die Aufhebung nach Art. 71 GO dadurch, daß sie gegen den Willen einzelner oder aller Betroffenen erfolgt.

⁵⁹⁸ Art. 112 ff. GO; vgl. hierzu auch Illig S. 148; Helmreich-Widtmann, Anm. 2, b zu Art. 113 GO, und Hölzl-Rollwagen, Anm. 1 zu Art. 113 GO

⁵⁹⁹ Diese Regelung beruht auf Art. 14 Abs. 1 AGVwGO. Zuvor war die Aufhebung in Art. 70 Abs. 2 und 3, 71 GO geregelt. Über die Aufhebung entschied eine Spruchstelle bei der Regierung.

⁶⁰⁰ Vgl. Illig in BayBgm 1954/153–154

2. Die Voraussetzungen der Aufhebung nach Art. 71 GO

Für die Aufhebung von GNRen nach Art. 71 GO müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Es muß ein Antrag der Gemeinde vorliegen.
- b) Das betreffende Grundstück muß tatsächlich mit GNRen belastet sein:

Da insbesondere Waldungen häufig unter einer einzigen Flurstücksnummer als ein einheitliches Grundstück vermessungsamtlich erfaßt sind, entscheidet für Art. 71 GO nicht das numerierte Grundstück in seiner ganzen Ausdehnung, sondern ein Aufhebungsverfahren ist nur dann erforderlich, wenn gerade der von der Gemeinde benötigte Grundstücksteil bisher der Nutzung unterlag (vgl. § 1026 BGB).

- c) Die Gemeinde muß das Grundstück ganz oder teilweise aus Gründen des Gemeinwohls zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigen:

aa) Öffentliche Aufgaben der Gemeinde

Art. 71 GO setzt voraus, daß es sich um öffentliche Aufgaben der Gemeinde handelt. Hierunter fallen alle öffentlichen Aufgaben des eigenen oder des übertragenen Wirkungskreises (Art. 83 Abs. 1 BV, Art. 7, 8, 57, 58 GO), doch muß es sich nicht um gesetzliche Pflichtaufgaben handeln. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben anderer Hoheitsträger rechtfertigt eine Aufhebung von NRen nach Art. 71 GO nicht. Die Bereitstellung von Gelände für Bundesfernstraßen, für Zwecke der Landesverteidigung oder für die Errichtung von Hochspannungsleitungen öffentlicher Energieversorgungsunternehmen gehört sonach nicht zu den Aufgaben der Gemeinde⁶⁰¹. In derartigen Fällen muß der Hoheitsträger, der das Grundstück beansprucht, sich vertraglich mit der Gemeinde und den Rechtlern einigen oder ein Enteignungsverfahren nach allgemeinen Vorschriften durchführen.

bb) Gründe des Gemeinwohls

Die Gründe des Gemeinwohls, die die Inanspruchnahme einer Nutzungsfläche durch die Gemeinde rechtfertigen, müssen nicht zwingend sein⁶⁰². NRe können z. B. aufgehoben werden, wenn die Gemeinde die Grundstücke der Besiedlung, insbesondere dem sozialen Wohnungsbau, zuführen will, wenn sie zur Beschaffung von Arbeitsplätzen Industrie ansiedeln will, wenn sie auf den Grundstücken gemeindliche Verwaltungsgebäude oder Anstalten, eine Schule, eine Grünanlage oder eine Gemeindestraße errichten bzw. anlegen will. Unter Umständen genügt auch die dringende Notwendigkeit, die belasteten Grundstücke besser zu bewirtschaften (Umstellung der Kulturart wie z. B. Umbruch von Weiden und Wiesen zu Ackerland, Umstellung von Laubmittel- auf Nadelhochwald) oder als Tauschgegenstand zur Erlangung eines anderen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dringend benötigten Grundstücks. Für die Aufhebung von GNRen reicht es hingegen

⁶⁰¹ Vgl. Masson, Anm. 1 und 4 zu Art. 71 GO

⁶⁰² So noch die ursprüngliche Fassung bis 1960

nicht aus, wenn die Gemeinde z. B. aus rein fiskalischen Gründen auf mit NRen belastetem Gelände Steinbrüche oder Sand- und Kiesgruben anlegen will.

Auch die aus Gründen des Gemeinwohls zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Gemeinde gebotene Veräußerung von Nutzungsgrundstücken fällt unter Art. 71 GO; daß das benötigte Gelände im Eigentum der Gemeinde bleiben müsse, ist also nicht Voraussetzung. Siedlungsland wird z. B. später meist an die Bauherren verkauft.

Das oft gehörte Argument, im Falle einer Veräußerung oder Änderung der Kulturart eines Grundstücks gingen die darauf ruhenden NRe ihrem Wesen nach entschädigungslos unter, so daß es in solchen Fällen keines Aufhebungsverfahrens bedürfe, widerspricht dem Sinn der in Art. 71 GO getroffenen Regelung, die gerade solche Fälle im Auge hat⁶⁰³.

cc) Bedarf der Gemeinde

Die Gemeinde muß schließlich gerade das betreffende Grundstück ganz oder teilweise wirklich benötigen. Das ist nur der Fall, wenn sie nicht über ein anderes, ebenso geeignetes Grundstück verfügt.

d) Die Weiterausübung der NRe muß unmöglich sein:

Letzte Voraussetzung ist, daß die Verwendung des Grundstücks für den in Aussicht genommenen Zweck die volle Weiterausübung der NRe unmöglich machen würde.

3. Umfang und Folgen der Aufhebung nach Art. 71 GO

Die Rechtsaufsichtsbehörde muß, wenn sie die Voraussetzungen der Aufhebung für gegeben ansieht (Beurteilungsspielraum), dem Aufhebungsantrag der Gemeinde stattgeben und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hoheitlicher Eingriffe wahren. Die Aufhebung darf nämlich nur insoweit erfolgen, als das Grundstück benötigt wird. Braucht die Gemeinde die gesamte, mit NRen belastete Fläche, ohne daß sich für eine Ablösung nach Art. 70 GO eine Mehrheit findet, so können die NRe insgesamt aufgehoben werden⁶⁰⁴. Werden nur einzelne Grundstücke oder Teile von solchen benötigt, so dürfen die GNRe nur insoweit aufgehoben werden, als sie sich auf diese Flächen erstrecken. Der übrige Allmendegrund unterliegt dann weiter der Nutzung, wobei gemessene NRe im Verhältnis der Flächenverringerung zu kürzen sind. Kann infolge der Inanspruchnahme eines Grundstücks z. B. nur eine Teilbefugnis des NRes nicht mehr ausgeübt werden, so beschränkt sich die Aufhebung auf jene Nutzungsbefugnis (z. B. Weiderecht).

4. Die Entschädigung bei Aufhebung nach Art. 71 GO

Die Festsetzung der Entschädigung ist nicht Gegenstand des Verwaltungsakts⁶⁰⁵, sondern bleibt der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen

⁶⁰³ Vgl. oben ff 8, B, I, 1, d und Schiessler in BayBgm 1959/19

⁶⁰⁴ Ebenso BVBl. 1960/129

⁶⁰⁵ So auch Helmreich-Widtmann, Anm. 3, b zu Art. 71 GO

Rechtlern und Gemeinde vorbehalten und kann, wenn eine Einigung nicht erzielt wird, durch Urteil erfolgen.

Da es sich um Enteignung handelt, besteht Anspruch auf angemessene Entschädigung (Art. 71 Abs. 1 Satz 2 GO; Art. 14 Abs. 3 GG, Art. 159 Satz 1 BV). Als Grundlage einer angemessenen Entschädigung gilt nach Art. 71 Abs. 2 GO im allgemeinen das Fünfundzwanzigfache des durchschnittlichen jährlichen Reinertrags der von der Aufhebung betroffenen Nutzungen, die in den der Aufhebung unmittelbar vorausgehenden 15 Jahren gezogen worden sind oder bei ungehinderter Ausübung der NRe hätten gezogen werden können.

Die Entschädigung erfolgt in der Regel in Geld; auf Verlangen der Berechtigten jedoch in Grundstücken, wenn dies der Gemeinde zuzumuten ist (Art. 71 Abs. 1 Satz 2 GO)⁶⁰⁶. Auch hier kann, weil es sich um Individualrechte handelt, jeder das Verlangen gesondert für sich stellen.

5. Aufhebungsstreitigkeiten

Wer die Unwirksamkeit oder die sonstige Rechtswidrigkeit der Aufhebung geltend machen will, muß nach entsprechendem Vorverfahren (Widerspruch, §§ 68 ff. VwGO) den Verwaltungsakt der Aufhebung durch Klage gegen den Freistaat Bayern vor dem Verwaltungsgericht anfechten.

Wer jedoch die Aufhebung hinnimmt, aber mit der angebotenen Entschädigung nicht zufrieden ist, muß vor dem Zivilgericht auf angemessene Entschädigung klagen (Art. 71 Abs. 3 GO). Dies gilt auch für die Klage auf angemessene Entschädigung in Grundstücken, und zwar auch dann, wenn die Gemeinde eine von den Rechtlern verlangte Entschädigung in Grundstücken für unzumutbar hält⁶⁰⁷, sofern der Streitgegenstand die Höhe der Entschädigung (in Geld oder in Grundstücken) für den konkreten Fall betrifft.

Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wäre nur dann gegeben, wenn über die Höhe der Entschädigung erst noch verhandelt werden soll, aber Gemeinde und Rechtler vorweg durch Feststellungsklage geklärt wissen wollen, ob die Entschädigung in Geld oder Grundstücken erfolgen muß.

IV. Die Enteignung von GNRen nach allgemeinen Vorschriften

Die Voraussetzungen einer Beseitigung von GNRen im Interesse der Gemeinde sind in Art. 70 und 71 GO erschöpfend geregelt⁶⁰⁸, so daß insoweit für eine Enteignung durch die Gemeinde nach allgemeinen Vorschriften kein Raum ist⁶⁰⁹. Eine Enteignung nach allgemeinen Vorschriften kommt nur in Betracht, wenn andere Hoheitsträger als die Gemeinde mit NRen belastetes

⁶⁰⁶ Masson, Anm. 13 zu Art. 71 GO, läßt sogar vorübergehende Verpachtung anderer Grundstücke als „Entschädigung in Grundstücken“ gelten.

⁶⁰⁷ So Helmreich-Widmann, Anm. 8 zu Art. 70 GO und Anm. 4 zu Art. 71 GO; a. M. Masson, Anm. 18 zu Art. 71 GO (Verwaltungsgericht)

⁶⁰⁸ Vgl. Schiessler in BayBgm 1959/18

⁶⁰⁹ Vgl. Mayer in „Fundstelle“, Sonderheft 310, S. 33; a. M. Mang (Heigl) S. 279 und Masson, Anm. 3 zu Art. 70 GO; Illig in BayBgm 1954/153 hält Ablösungsmöglichkeiten, die unter der Herrschaft der GO 1927 gegeben waren, für weiter zulässig.

Gelände für ihre Zwecke benötigen⁶¹⁰. Außer den Bestimmungen des ZAG und GEG kommen dabei als Rechtsgrundlage in Frage:

1. § 11 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1451),
2. § 49 des Flurbereinigungsgesetzes vom 14. 7. 1953 (BGBl. I S. 591),
3. Art. 72 des Bayer. Wassergesetzes vom 26. 7. 1962 (GVBl. S. 143).

Art. 6 ff. WeideG sind hingegen auf GNRe nicht anwendbar.

V. Das Erlöschen von GNRen durch Nichtausübung

Zum Wesen der auf rechtsbegründetem Herkommen beruhenden GNRe gehört ferner, daß sie im Gegensatz zu bürgerlich-rechtlichen NRen durch jede vom Berechtigten zu vertretende Unterbrechung in der Ausübung untergehen⁶¹¹. Ist die Unterbrechung jedoch nicht zu vertreten, so ruht das GNR nur vorübergehend.

ZWEITER TEIL

Der Inhalt der Gemeindenutzungsrechte

Im Rahmen der obigen Darlegungen über die Wesensmerkmale der GNRe war bereits von den Befugnissen, die aus diesen Rechten entspringen, die Rede; denn die Betrachtung ihres Wesens konnte nicht ohne gleichzeitige Angaben über ihren regelmäßigen Inhalt erfolgen. Infolge der bunten Vielfalt des Gewohnheitsrechts in Bayern ist jedoch der Inhalt der GNRe nicht in allen Orten derselbe, weshalb es einer gesonderten, zusammenhängenden Darstellung des möglichen Inhalts der GNRe bedarf.

§ 17 Allgemeine Grundsätze über den Inhalt der Gemeindenutzung

I. Der ursprüngliche Inhalt der Gemeindenutzung

Als zu Beginn des Mittelalters die Besiedlung des Landes dichter geworden und der unbeschränkte Zugriff des einzelnen Bauern auf die unberührte Natur überall einem geordneten Zusammenleben der Dorfgenossen gewichen war, erstreckte sich die gemeinschaftliche Nutzung der vollberechtigten Dorfgenossen grundsätzlich auf alles im Bereich der Gemarkung gelegene und nicht in Einzelbesitz übergegangene Land (Allmende), als dessen Miteigentümer zur gesamten Hand sich die Dorfgenossen in der Regel fühlten.

Im allgemeinen bestand der gemeinschaftliche Besitz der Dorfgenossen aus Wald, Weideland (Hutungen, Hutwasen, Espan, Ödungen), Wiesen und Brachland (Sümpfe, Moore, Heiden). Dieses Land diente dem Vieh der Dorfgenossen zur Weide; von der Allmende holten sich die Dorfgenossen alle Erzeugnisse, Früchte und Bodenbestandteile, die sie zur Ergänzung ihrer

⁶¹⁰ Vgl. Stadler S. 25 und Masson, Anm. 1 zu Art. 71 GO

⁶¹¹ Näheres siehe oben § 3, III, 3, c

bäuerlichen Wirtschaft verwenden konnten. Dazu kamen gemeinschaftliche Einrichtungen, die von allen benutzt wurden, wie Gemeindehaus, Schafscheune, Hirtenhaus usw. Soweit die Dorfgemeinschaft über eine eigene Kasse verfügte, war diese nie Gegenstand privater Nutzung, sondern diente den Bedürfnissen der Allgemeinheit.

Die Jagd war seit alter Zeit ein Privileg des Adels und deshalb von der Nutzung durch die Dorfgenossern ausgenommen⁶¹². Der Fischfang war häufig frei. Soweit er jedoch auf Grund besonderer Berechtigung erfolgte, war er jedenfalls nur ausnahmsweise Gegenstand der genossenschaftlichen Nutzung im Verband der Dorfgemeinschaft. Die Schäferei war gelegentlich der Herrschaft vorbehalten.

Dingliche Rechte der Dorfgemeinschaft als Gegenstand der Nutzung waren unbekannt, weil die Dorfgemein vor dem 19. Jahrhundert noch nicht zum selbständigen Rechtsträger entwickelt war und nur die Dorfgenossern selbst als Rechtsträger in Frage kamen.

II. Der gegenwärtige Inhalt der Gemeindenutzung

Grundsätzlich verleiht das Recht, an den Gemeindenutzungen teilzuhaben, heute noch dieselben Befugnisse wie früher, doch ergaben sich daraus, daß sich überall zu Beginn des 19. Jahrhunderts politische Gemeinden als selbständige Rechtsträger bildeten und die NRe zu Rechten an fremder Sache wurden, gewisse Änderungen. Im einzelnen bietet sich gegenwärtig folgendes Bild:

1. Gegenständliche Beschränkung der GNRe

Auch wenn die GNRe im Kataster oder im Grundbuch vielfach irreführend als „Nutzanteil an den noch unverteiltern Gemeindegründen“ oder als „Nutzanteil am unverteiltern Gemeindevermögen“ beschrieben sind, unterliegt nie das gesamte Vermögen der Gemeinde der Nutzung, weil die Rechtler nicht mehr wie früher die Dorfgemeinde ausmachen. Wer ein GNR geltend macht, muß heute den Vermögensgegenstand, auf den er es bezogen wissen will, genau angeben und die Nutzungsbefugnis jeweils für jeden Gegenstand auf Grund eines Titels oder rechtsbegründeten Herkommens nachweisen.

a) Mögliche Objekte der Nutzung

GNRe können sich, da sie seit eh und je auf die Nutzung von Grund und Boden gerichtet waren, auch heute nur auf einzelne, der Flurstücksnummer nach genau zu bezeichnende Grundstücke oder Grundstücksteile oder auf dingliche Rechte an solchen erstrecken, wobei Grundstücke des Verwaltungs- und Betriebsvermögens ausgenommen sind⁶¹³.

⁶¹² Näheres siehe unten § 17, II, 2, b; vgl. auch Döberl, Entwicklungsgeschichte in Bayern, Band III, S. 186 ff.

⁶¹³ Vgl. VGH n. F. 10/17; ferner Helmreich-Widtmann, Anm. 2 zu Art. 68 GO, Illig S. 22 und Kahr, Anm. 16, b zu Art. 32 GO 1869

aa) Grundstücke

Soweit GNRe an Grundstücken bestehen, ist Voraussetzung, daß die Gemeinde daran Allein- oder Miteigentum hat. Ob ein bestimmtes Grundstück ganz oder nur teilweise belastet ist, ergibt sich aus Titel oder Herkommen.

bb) Dingliche Rechte an fremden Grundstücken

Mitunter verlief die Entwicklung dergestalt, daß eine Nutzungsbefugnis an fremdem Grund und Boden, z. B. an herrschaftlichen Grundstücken, die vor Bildung der politischen Gemeinde den vollberechtigten Dorfgenossen zur gesamten Hand zugestanden hatte, nachher auf die Gemeinde überging, während die Rechtler weiterhin die tatsächliche Nutzung behielten. In solchen Fällen wurde das dingliche Recht der Gemeinde Gegenstand der GNRe; es kam zur Erscheinung des Rechts am Recht⁶¹⁴.

Als Gegenstand von GNRen finden sich häufig bürgerlich-rechtliche Forstrechte der Gemeinde am Staatsforst oder an Waldungen einer Nachbargemeinde, einer adeligen Herrschaft oder einer sonstigen Privatperson, ferner Weidegrunddienstbarkeiten der Gemeinde an fremden, außerhalb der Gemarkung gelegenen Hutungen oder an der gesamten, alle Felder und Wiesen der Gemeindebürger umfassenden Ortsflur⁶¹⁵.

Das in VGH 14/353 ff. erwähnte Recht einer Gemeinde, aus einer Saline Salz zu beziehen, das in diesem Zusammenhang zuweilen zitiert wird, dürfte hingegen nur ein schuldrechtliches Forderungsrecht gewesen sein, dessen Früchte nicht den Rechtlern, sondern allen Bürgern des betreffenden Ortes zustanden.

Bei den bürgerlich-rechtlichen Forstrechten, die den Hauptfall dieser Gruppe bilden, ist oft schwer zu erkennen, ob es sich wirklich um GNRe am Recht der Gemeinde handelt oder die Forstberechtigung den Gemeinde-rechtlern unmittelbar zusteht. Im letzteren Fall besteht nämlich nur eine zivilrechtliche Beziehung zwischen den Berechtigten und der Staatsforstverwaltung; für eine Annahme von GNRen ist kein Raum mehr. Wenn es in einem Dorf mehrere Grundherrschaften gab und nur die Angehörigen einer dieser Grundherrschaften am Wald ihrer Herrschaft, der später Staatswald wurde, nutzungsberechtigt waren, so handelte es sich schon seinerzeit nicht um eine der Dorfgemeinschaft schlechthin zustehende Nutzungsberechtigung, weshalb im Zweifel noch heute die Nutzungsberechtigten unmittelbar und nicht die politische Gemeinde als Träger des Forstrechts anzusehen sind. In anderen Fällen wird jedoch die Gemeinde im Zweifel als berechtigt zu gelten haben⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Vgl. VGH 7/168, 5/215, 18/127 (Fischereirecht), 22/112 (Holzrecht), 25/330 (Holzrecht am Staatsforst), 50/35 (Streuerecht), 55/80 (Weiderecht); vgl. ferner Mang (Heigl) S. 270, Hölzl-Rollwagen, Anm. I, 1 zu Art. 68 GO, Illig S. 21 und Stadler S. 6.

⁶¹⁵ Solche Weidegrunddienstbarkeiten der Gemeinde an der Gesamtflur entstanden mitunter daraus, daß die Gemeinde das Schäferrecht von der Herrschaft, die es einst als eine Art Hoheitsrecht in Anspruch genommen hatte, kaufte; vgl. Hirschmann S. 11 und Stadler S. 7.

⁶¹⁶ Bei Weiderechten nimmt Meisner S. 435 im Gegensatz hierzu an, daß im Zweifel nicht die Gemeinde, sondern die Rechtler gemeinschaftlich Inhaber des Weiderechts seien.

Bestehen nach den getroffenen Feststellungen GNRe an einem gemeindlichen Forstrecht, so richtet sich das Verhältnis zwischen der Gemeinde und der Staatsforstverwaltung nach den Bestimmungen des FRG, während sich die Beziehungen zwischen Gemeinde und Rechtlern nach Art. 68–71 GO regeln⁶¹⁷. Ob indessen in einem solchen Fall auch zwischen Rechtlern und Staatsforstverwaltung unmittelbare Rechtsbeziehungen bestehen, ist strittig.

Schmelz⁶¹⁸ nimmt an, die Rechtler könnten wegen der ihnen aus der Forstberechtigung der Gemeinde zustehenden Nutzungen gegen den Staat als Waldeigentümer unmittelbar klagen und von ihm verklagt werden⁶¹⁹. Illig⁶²⁰ hingegen will den Rechtlern nur bei entsprechendem Rechtstitel oder Herkommen gestatten, unter Umgehung der Gemeinde unmittelbar an die Staatsforstverwaltung heranzutreten und die Nutzungen zu fordern; im Regelfall sei ein unmittelbarer Anspruch gegen den Staat erst nach Zuweisung der Rechnisse durch die Gemeinde gegeben.

Gegen die dargelegten Auffassungen bestehen Bedenken. Grundsätzlich stehen die Rechtler in derartigen Fällen in keinerlei Rechtsbeziehungen zur Staatsforstverwaltung. Sind die Rechtler nach Titel oder Herkommen berechtigt, die Nutzungen unmittelbar von der Staatsforstverwaltung zu fordern, so deutet das darauf hin, daß die Nutzungsbefugnis nicht der Gemeinde, sondern den Rechtlern zusteht. Ist hingegen zweifelsfrei die Gemeinde Inhaberin des Forstrechts, so können nicht aus den öffentlich-rechtlichen GNRe ihrer Rechtler privatrechtliche Forderungen gegen den Staat entspringen. Hindert die Staatsforstverwaltung z. B. einen Rechtler an der Ausübung seines GNRes, weil sie seine Berechtigung anzweifelt, so kann der Betroffene von der Gemeinde verlangen, daß sie die auf ihn entfallende Nutzung vom Staat fordere und notfalls einklage, er kann jedoch nicht mit Aussicht auf Erfolg gegen den Staat direkt klagen. Gewährt die Staatsforstverwaltung aber Nutzungen nicht, weil sie das Recht der Gemeinde bestreitet, so ist die Gemeinde unter Umständen ihren Rechtlern gegenüber verpflichtet, vor dem Zivilgericht gegen den Staat auf Feststellung ihres Forstrechts zu klagen, damit die Rechtler in den Genuß ihrer Rechtsbezüge kommen. Ein allgemeiner Anspruch der Rechtler gegen jeden Dritten, hier also gegen den Staat, alles zu unterlassen, was ihre GNRe beeinträchtigen könnte, kann nicht anerkannt werden⁶²¹.

Dieselben Grundsätze gelten für GNRe an allen sonstigen dinglichen Rechten der Gemeinde.

Über die Ablösung solcher Rechte am Recht siehe oben § 16, II, 4, b.

b) Untaugliche Objekte der Nutzung

Als Objekte von GNRe scheiden auf Grund der geschichtlichen Entwicklung alle Gegenstände aus, die nicht Grundstücke oder Rechte an solchen sind, ferner Verwaltungs- und Betriebsvermögen.

⁶¹⁷ Vgl. VGH 25/330, Illig S. 71 und Mang (Heigl) S. 270

⁶¹⁸ Schmelz S. 46

⁶¹⁹ Vgl. auch Mang (Heigl) S. 270

⁶²⁰ Illig S. 23 und 71

⁶²¹ Näheres siehe oben § 12, III

aa) Bewegliche Sachen

GNRe erfassen – von den seltenen Ablösungsfällen nach Art. 24 Abs. 2 FRG abgesehen⁶²² – nie Forderungen und bewegliches Vermögen der Gemeinde, insbesondere nicht Barbestände der Gemeindekasse und Bar-einnahmen aus Verkauf, Verpachtung oder sonstiger Verwertung (z. B. Sand- und Steinausbeute) der nutzungsbelasteten Grundstücke⁶²³. Unberührt bleibt allerdings die etwaige Pflicht der Gemeinde, rechtswidrig erzielte Gelderlöse ganz oder teilweise als Schadensersatz an die Rechtler abzuführen⁶²⁴. Eine Surrogation ist vom Gesetz nur in dem bereits erwähnten Art. 24 Abs. 2 FRG anerkannt, demzufolge bei Ablösung von mit GNRen belasteten Forstrechten der Gemeinde die Geldabfindung an die Stelle des Forstrechts tritt, so daß sich die GNRe hierauf erstrecken.

In jenen Fällen, in denen Nutzungen von der Gemeinde im Einvernehmen mit den Rechtlern veräußert und die Gelderlöse verteilt werden, bleibt nach wie vor das Grundstück Gegenstand der GNRe.

bb) Gegenstände des Verwaltungsvermögens

Am Verwaltungsvermögen der Gemeinde⁶²⁵, also an Einrichtungen und Anstalten, die entweder dem Gemeingebruch dienen (z. B. Verkehrsflächen) oder deren Zweckbestimmung unmittelbar oder mittelbar auf die Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gerichtet ist (z. B. Verwaltungsgebäude, Wasserleitungen, Löscheinrichtungen, Krankenhäuser, Friedhöfe, Schlachthöfe usw.), können GNRe nicht bestehen⁶²⁶.

Inhalt eines GNRes können folglich nicht sein: Rechte auf Trinkwasserbezug aus einer gemeindlichen Wasserleitung, Grabbenutzungsrechte in einem gemeindlichen Friedhof oder Sonderrechte auf Benutzung der gemeindlichen Schlachteinrichtungen⁶²⁷.

cc) Gegenstände des Betriebsvermögens

Dasselbe gilt für die Gegenstände des Betriebsvermögens wie z. B. wirtschaftliche Unternehmungen einer Gemeinde und von ihr selbst gewerblich genutzte Grundstücke⁶²⁸. Das GNR ist nämlich der *servitus praediorum rusticorum* in manchem vergleichbar, die im Gegensatz zur *servitus prae-*

⁶²² Vgl. oben § 16, II, 4, b, Fußnote 580

⁶²³ Vgl. VGH 5/215, 12/209, 18/125, 22/107, 33/256, VGH n. F. 10/18; Mang (Heigl) S. 270; Illig S. 23; Kahr, Anm. 3, a zu Art. 32 GO 1869; Preger in BlAdmPrax 45/281

⁶²⁴ Vgl. VGH 18/125 sowie oben § 8, B, II, 2, a

⁶²⁵ Vgl. die Einteilung in 1. Verwaltungsvermögen, 2. Betriebsvermögen, 3. allgemeines Kapital- und Grundvermögen in der Ausführungsanweisung zu § 7 der Gemeindehaushaltsverordnung in der Fassung der IME vom 7. 1. 1958 (MABl. S. 37). Nach Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 167 ff. ist das Betriebsvermögen als eine Unterart des Verwaltungsvermögens anzusehen.

⁶²⁶ So VGH 1/400–401, 4/603, 10/315 und Kahr, Anm. 3, a zu Art. 32 GO 1869. Illig S. 22 hält Ausnahmen für möglich.

⁶²⁷ Das inzwischen abgelöste Recht der sogenannten hospitalberechtigten Gemeinden im Landkreis Rothenburg ob der Tauber auf kostenlose Behandlung hilfsbedürftiger Gemeindeangehöriger in dem von der Hospitalstiftung zum Heiligen Geist in Rothenburg ob der Tauber betriebenen Krankenhaus der Stadt Rothenburg ob der Tauber ist stiftungsrechtlichen Ursprungs und gewährte den begünstigten Gemeindeangehörigen kein Nutzungsrecht am Recht der Gemeinde (vgl. Stiftungsakten der Regierung von Mittelfranken betreffend die Hospitalstiftung zum Heiligen Geist in Rothenburg ob der Tauber).

⁶²⁸ So Illig S. 22 und Woerner, Anm. 1 zu Art. 33 GO 1927

diorum urbanorum steht⁶²⁹. Das Kommunbraurecht, das besonders in der Oberpfalz in einigen Gemeinden als auf dem Gemeindeverband und auf Herkommen beruhendes NR nachgewiesen ist, kann nicht Bestandteil eines GNRes sein, weil das gemeindliche Brauhaus, in dem der Berechtigte brauen darf, als Betriebsvermögen nicht Gegenstand eines GNRes sein kann. Derartige Braurechte haben geschichtlich nichts mit der Allmendenutzung zu tun, sondern entstanden aus einem den Gemeinden vom Landesherrn verliehenen Privileg⁶³⁰.

2. Beschränkung nach dem Inhalt der gewährten Befugnisse

Auch wenn feststeht, daß ein Grundstück der Nutzung durch die Gemeinderechthaber unterliegt, bedeutet das noch nicht, daß diese das Grundstück in jeder Beziehung zu nutzen berechtigt sind; denn inhaltlich unbeschränkte NRe sind dem Gemeinderecht fremd. Stets gewährt das GNR im Hinblick auf das belastete Grundstück nur Einzelbefugnisse⁶³¹.

a) Mögliche Befugnisse

Die Befugnisse, die ein GNR gewähren kann, bestehen auf Grund der geschichtlichen Entwicklung grundsätzlich in land- und forstwirtschaftlicher Nutzung der belasteten Grundstücke, auch wenn die Rechthaber persönlich nicht Landwirte zu sein brauchen und die Nutzungen anderweitig verwerten dürfen. Gelegentlich dürfen auch Bodenbestandteile entnommen werden⁶³². Im Zweifel erfaßt das GNR alle land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen, die das Grundstück abwirft⁶³³. Zum Fischfang berechtigende GNRe sind selten. Andere im öffentlichen Recht ruhende Rechte am Gemeindevermögen sind demgegenüber keine GNRe.

Hinsichtlich der Nutzungsbefugnisse im einzelnen siehe unten § 18.

b) Nicht in Betracht kommende Befugnisse

aa) Persönliche Benutzungsrechte

Die rein persönlichen Befugnis, gemeindliches Vermögen zu benutzen, kann, auch wenn sie auf der Zugehörigkeit zum Gemeindeverband beruht, nicht Hauptinhalt eines GNRes sein. Zu den Hauptbefugnissen eines GNRes können folglich nicht gehören: Geh- und Fahrrechte (z. B. das Recht der Einwohner eines Ortes, einen bestimmten Kirchenweg zu benutzen), Fahrrechte über einen Fluß⁶³⁴, Rechte auf wegerechtliche Sondernutzung oder das allgemeine Recht, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen (Art. 21 Abs. 1 GO).

Solche persönlichen Gebrauchsbefugnisse können nur als unselbständige Nebenrechte mit GNRen verbunden sein, etwa dergestalt, daß die Weiderechthaber einen bestimmten Weg und eine bestimmte Tränke für ihr Vieh

⁶²⁹ So Meyer in BlAdmPrax 57/392 ff.

⁶³⁰ So VGH 38/61 und Meyer in BlAdmPrax 57/392 ff.; a. M. Kahr, Anm. 3, a zu Art. 32 GO 1869, und Preger in BlAdmPrax 45/281 sowie Braun in BlAdmPrax 57/66

⁶³¹ Vgl. die Urteile des VGH vom 20. 1. 1960 Nr. 56 und 68 IV 57, ferner Illig S. 49

⁶³² Vgl. VGH 38/61 und Meyer in BlAdmPrax 57/392 ff.

⁶³³ So VGH 50/35

⁶³⁴ Beispiele bei Bog S. 64

benutzen dürfen oder auf dem Weideland Anlagen wie Zäune, Viehunterkünfte und Wasserleitungen errichten dürfen (vgl. Art. 1 Abs. 6 FRG).

bb) Nichtland- und nichtforstwirtschaftliche Nutzungsbefugnisse

Die Befugnis, aus einem Grundstück andere als land- und forstwirtschaftliche Nutzungen zu ziehen, kann ein GNR ebenfalls nicht verleihen, so z. B. nicht das Braurecht und nicht das Recht, juristische Früchte (Gelderträge) zu ernten⁶³⁵. Wasserbezugsrechte wurden, da sie nicht ausschließlich land- und forstwirtschaftlichen Zwecken dienen und für alle Ortsbewohner gleichermaßen wichtig sind, nie als Gegenstand von GNREN angesehen⁶³⁶.

Bodenbestandteile können nur insoweit von GNREN erfaßt werden, als sie von jeher zur Ergänzung landwirtschaftlicher Anwesen dienten und im Einzelfall dafür ein besonderer Rechtstitel vorliegt oder sich rechtsbegründetes Herkommen gebildet hat. Dies bedeutet, daß sich GNRE zwar auf die Ausbeute an Steinen, Sand, Kies oder Torf, nicht aber auf die Bodenschätze der Tiefe wie Mineralien erstrecken können.

cc) Jagd

Das Jagdrecht kann nicht Ausfluß eines GNRES sein, denn die Jagd war in Bayern bis 1808 den Bauern grundsätzlich vorenthalten. Die hohe Jagd war Privileg des Landesherren, die niedere Jagd Vorrecht der Stände. 1808 bis 1848 war die Jagd Bestandteil der gutherrlichen Rechte, im übrigen Regal des Königs. Erst danach galt die Jagd wieder als Ausfluß des Grundeigentums, doch bestand gesetzlicher Zwang zur Jagdverpachtung, so daß nur Gelderlöse erzielt wurden, an denen die Gemeinderechthaber als solche nirgends Anteil hatten. Ein Herkommen des Inhalts, daß die Jagdpachterlöse unter die Rechthaber zu verteilen seien, konnte sich auf Grund dieser Entwicklung nicht bilden, denn die Voraussetzung dafür wäre gewesen, daß unmittelbare Jagdausübung durch die Rechthaber möglich gewesen wäre, was nicht der Fall war. Folglich bedarf die Gemeinde zur Verpachtung der Jagd im Gemeindewald keiner Zustimmung der Rechthaber⁶³⁷.

§ 18 Die Einzelbefugnisse der Gemeindenutzungsrechte

Die Einzelbefugnisse, die nach dem oben in § 17 Gesagten den Inhalt der GNRE bilden können, sind durch von Ort zu Ort abweichendes Gewohnheitsrecht äußerst mannigfaltig ausgestaltet. Im folgenden soll auf die wesentlichsten Erscheinungsformen dieser Befugnisse eingegangen werden.

I. Das Holznutzungsrecht

Die wirtschaftlich größte Bedeutung hat im Rahmen der GNRE gegenwärtig die Holznutzungsbefugnis, die in folgende, getrennt voneinander oder nebeneinander anzutreffende Unterarten zerfällt:

⁶³⁵ Vgl. oben § 17, II, 1, b, aa. Hiervon zu unterscheiden ist der oben in § 8, A, I, 3 erwähnte Fall, daß die Naturalnutzungen im Einverständnis der Beteiligten zu Geld gemacht werden

⁶³⁶ So VGH 1/400–401 und 4/603 ff.

⁶³⁷ Vgl. VGH 51/155–156 (bedenklich noch VGH 1/250 ff.) und „Fundstelle“ 1961 Nr. 218 sowie „Fundstelle“ 1962 Nr. 87

1. Brennholznutzung

a) Begriff

Der Begriff „Brennholz“ hat sich im Lauf der Zeit gewandelt. In früheren Jahrhunderten verstand man darunter jegliches Holz außer Bauholz, während heute, nachdem das Holz überwiegend nicht mehr im Dorf selbst verwertet, sondern der Industrie zugeführt wird, nur noch Holz minderer Güte, das sich zur industriellen Verarbeitung nicht oder nur schlecht eignet, als Brennholz betrachtet wird. Dies ist bei Rechtstiteln, die auf Brennholz schlechthin lauten, zu berücksichtigen, wobei die Gemeinde freilich innerhalb des als Brennholz zu bezeichnenden Holzanfalls Holz mittlerer Art und Güte zu gewähren verpflichtet ist⁶³⁸.

Diese Begriffswandlung schließt aber nicht aus, daß auch Holz besserer Qualität, das zur industriellen Verarbeitung geeignet wäre, als Brennholz abgegeben wird, wenn sich ein entsprechendes Herkommen gebildet hat, wenn ein etwa vorhandener Rechtstitel ausdrücklich auf bessere Holzsorten lautet oder wenn das angefallene Holz minderer Qualität zur Befriedigung mengenmäßig genau gemessener Brennholzrechte nicht ausreicht.

b) Brennholzarten

Brennholz ist insbesondere solches Holz, das für die industrielle Verarbeitung nicht gerade genug gewachsen, zu kurz oder zu dünn ist, also z. B. Astholz, Zweige (Wellen, Reisig), Wipfelholz, Stockholz, Rinde, Prügel, Knüppel, Wurzelstöcke, Brocken und anderes Abfallholz. Als Brennholz zählt ferner krankes oder zerstörtes Holz wie z. B. Lichtholz, Schleißholz, Kalkbrandholz, Windfallholz (vgl. Art. 7 Abs. 1 FRG) und Faulholz.

2. Nutzholz- und Bauholznutzung

Zur industriellen Verarbeitung geeignetes Holz wird, sofern nicht Titel oder Herkommen im Einzelfall die Verteilung von Nutzholz an die Rechtler zulassen⁶³⁹ oder die Befriedigung gemessener Brennholzrechte es ausnahmsweise erfordert, im Zweifel nicht beansprucht werden können. Das Nutzholz (Langholz, Grubenholz, Papierholz usw.) wird vielmehr in den meisten Gemeinden herkömmlich zugunsten der Gemeindekasse veräußert, ohne daß die Rechtler Anteil daran haben.

Eine grundsätzliche Ausnahme hiervon bildet der Bezug von Bauholz, zu dem die meisten GNRe berechnen. Die Rechtler können in diesen Fällen, wenn ein Baufall eingetreten ist oder die Unterhaltung der vom Bauholzrecht begünstigten („angeforsteten“) Bestandteile des Anwesens es erfordert, gesundes Eichen-, Fichten- oder sonstiges Stammholz in Anspruch nehmen. Für welche Gebäudeteile Holz gefordert werden darf (z. B. Balken für den Dachstuhl, Deckenbalken, Dachsparren, Fenster- und Türstöcke, Bodenbretter, Schindeln, Hoftore, Balken für Schweineställe und andere Nebengebäude, Baumstämme für Futterträge, Zaunpfosten, Zaunlatten

⁶³⁸ So VG Ansbach, Urteil vom 25. 9. 1959 Nr. 3204/72-II/57

⁶³⁹ Es gibt z. B. Gemeinden, in denen die Rechtler kraft Herkommens zum Bezug von Papierholz berechnen sind, das sie dann auf eigene Rechnung weiterveräußern dürfen (Beispiel: Gemeinde Dettenheim, Landkreis Weißenburg in Bayern)

usw.), zu welchem Zweck und Zeitpunkt Bauholz gefordert werden darf (Neuerichtung oder Instandsetzung) und welche Holzarten zu gewähren sind, alles das ist durch Titel oder Herkommen genau festgelegt.

3. Werkholznutzung

Mitunter gewährt das GNR auch die Befugnis, Werkholz für landwirtschaftliche Geräte und Gebrauchsgegenstände zu fordern (z. B. Holz für Ackerwagen und Deichsel, Pflugholz, Faß- und Geschirrh Holz, Hopfenstangen, Prügel zum Wegebau).

4. Lohrinde- und Harznutzung

In einigen Orten kommt es auch vor, daß Lohrinde zum Gerben oder Harz auf GNRe bezogen werden können⁶⁴⁰.

II. Das Weiderecht

Neben dem Holznutzungsrecht ist häufig mit dem GNR ein Weiderecht auf gemeindlichem Weideland oder auf privaten Ländereien, an denen die Gemeinde ein dingliches Weiderecht besitzt (Recht am Recht), verbunden. Für derartige öffentlich-rechtliche Weidebefugnisse gilt das Gesetz über die Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden (WeideG) vom 28. 5. 1852 (BayBS IV S. 354) nicht⁶⁴¹. Das WeideG erfaßt aber z. B. bürgerlich-rechtliche Weidegrunddienstbarkeiten, die der Gemeinde zustehen, an denen aber die Rechtler auf Grund ihrer GNRe berechtigt sind. Analoge Anwendung⁶⁴² kommt allenfalls hinsichtlich Art. 1 und 2 WeideG in Frage, wonach auf bestellten Feldern und auf Wiesen während der Hegezeit nicht geweidet werden darf⁶⁴³.

1. Begriff und Inhalt des Weiderechts allgemein

Das Weiderecht gestattet dem Berechtigten, Tiere das ganze Jahr hindurch oder nur zu bestimmten Zeiten auf die Weidefläche zu treiben und dort weiden zu lassen, nicht aber Gras zu mähen und Heu zu machen, um die Tiere damit im Stall zu füttern – es sei denn, Titel oder Herkommen besagen etwas anderes⁶⁴⁴.

In der Regel muß die Weide gemeinsam von allen Berechtigten, meist sogar mit einem gemeinsamen Hirten, ausgeübt werden⁶⁴⁵. Der einzelne Rechtler kann nicht für seine Tiere abgesonderte Weide auf einem Teil der Fläche fordern, es sei denn, daß zum Zwecke der Tbc-Bekämpfung vorübergehend abgesonderte Weide erforderlich ist und die anderen Rechtler einverstanden sind. Ob die Gemeinde daneben mit einer eigenen Herde zur Mithut berechtigt ist, richtet sich nach Titel oder Herkommen⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ Vgl. VGH 33/241 (Lohrindennutzung)

⁶⁴¹ Näherers siehe oben § 5, III, 5, a; vgl. auch VGH 55/81

⁶⁴² Illig S. 49 hält das WeideG schlechthin für analog anwendbar

⁶⁴³ Vgl. Kiefersauer S. 27. VGH 55/81 lehnt jedoch auch analoge Anwendung von Art. 1 und 2 WeideG ab; vgl. oben § 5, III, 5, c

⁶⁴⁴ Vgl. Meisner S. 451

⁶⁴⁵ Sogenannte *jus compasculationis*, vgl. Stadler S. 26 und ALR I, Titel 22, §§ 83 und 84

⁶⁴⁶ Vgl. Meisner S. 441

Mit dem Weiderecht ist meist das Hordenschlagsrecht verbunden, d. h. das Recht, die Weide auch nachts als Aufenthaltsort für das Vieh zu benutzen, Schafe z. B. dort einzupferchen und einen Schäferkarren aufzustellen. Sind die Berechtigten des Düngers wegen dazu verpflichtet, ihre Schafe nachts auf der Weide zu lassen, spricht man vom Pferdrecht des Grundeigentümers⁶⁴⁷. Häufig dürfen die Rechtler für ihren Hirten auch ein gemeindliches Hirtenhaus in Anspruch nehmen und ihre Schafe in einer gemeindlichen Schafscheune unterbringen⁶⁴⁸. In diesem Zusammenhang kann es also vorkommen, daß ein GNR nebenbei auch zur Nutzung eines Gebäudes berechtigt.

2. Kreis der Weidetiere

Was den Inhalt des Weiderechts im einzelnen anbetrifft, unterscheidet man das Weiderecht für Großvieh (Rinder, Pferde), das Weiderecht für Schafe und Ziegen sowie das Recht, Gänse auf die Weide zu schicken. Das Recht, Schweine aufzutreiben, ist selten. Steht die Weide nach Titel oder Herkommen mehreren Vieharten zur Verfügung, so besteht häufig die Verpflichtung, eine gewisse „Zugordnung“ einzuhalten. Schafe dürfen dabei meist erst nach Großvieh aufgetrieben werden, weil sie das Gras so gründlich abfressen, daß nachfolgendem Großvieh fast nichts mehr verbliebe, und obendrein durch ihren scharfen Dung dem Großvieh die Weide vergällen würden. Gänse und Schweine folgen auf Schafe und dürfen im Zweifel nicht auf Wiesen getrieben werden⁶⁴⁹.

In vielen Orten ist das Weiderecht seinem Inhalt nach auf eigene Tiere des Berechtigten beschränkt, in anderen wiederum gestatten Titel oder Herkommen, auch fremde Tiere mitaufzutreiben, besonders dann, wenn das Recht nach der Anzahl der Tiere gemessen ist und der Rechtler selbst nicht so viel Tiere hat, als er weiden lassen darf⁶⁵⁰. Das sogenannte Schäferestabrecht, das den Auftrieb beliebig vieler fremder Schafe gestattet⁶⁵¹, kommt bei GNREN wohl kaum vor.

3. Weideflächen

Überwiegend bildet die Weide auf Ödland, seltener die Weide auf Wiesen⁶⁵² den Inhalt des Weiderechts. Gelegentlich ist auch Weide auf abgernteten Äckern gestattet. Mitunter darf auch im Wald geweidet werden, aber im Zweifel, das heißt wenn Titel oder Herkommen nichts anderes besagen, nur unter Aufsicht eines Hirten, nicht im Jungholz und nicht nachts⁶⁵³. Das Waldweiderecht berechtigt im Zweifel nicht dazu, Schweine im Wald Bucheckern und Eicheln fressen zu lassen („Schweine in die Eicheln zu treiben“)⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ Vgl. für bürgerlich-rechtliche Weiderechte Meisner S. 440

⁶⁴⁸ Das Urteil des VG Ansbach vom 4. 11. 1958 Nr. 2397–2412–II/56 erwähnt den Fall eines Rechts am Hirtenhaus.

⁶⁴⁹ Vgl. Meisner S. 442, 449 und Stadler S. 52

⁶⁵⁰ Vgl. hierzu § 15, II, 2, b oben

⁶⁵¹ Vgl. Stadler S. 36

⁶⁵² Für die Almweide im Hochgebirge gilt das Almgesetz vom 28. 4. 1932 (BayBS IV S. 359).

⁶⁵³ Vgl. Art. 43 und 44 Abs. 2 FoG

⁶⁵⁴ Vgl. Meisner S. 471, Fußnote

III. Das Grasnutzungsrecht

Mancherorts berechtigen GNRe zwar nicht zur Weide, wohl aber zum Grasschnitt auf bestimmten Wiesen, wobei dann jeder Rechtler seinen Anteil in Form von Grünfutter oder Heu zur Stallfütterung seines Viehs verwenden kann⁶⁵⁵. Zuweilen gebührt den Berechtigten in solchen Fällen nicht der ganze Grasertrag, sondern z. B. nur der jährlich anfallende zweite oder dritte Schnitt.

IV. Das Ackernutzungsrecht

Da die Felder im Gegensatz zu Wald und Weide schon sehr früh in das Privateigentum der Bauern übergegangen waren, verfügen heute nur noch wenige Gemeinden über gemeindeeigenes Ackerland. Wo sich aber vereinzelt noch Gemeindeäcker finden, kann ihre Nutzung Gegenstand von GNRen sein. Jeder Rechtler erhält dann – meist durch regelmäßig wiederkehrende Verlosung – auf eine bestimmte Zeit einen Teil dieses Landes zur selbständigen Bebauung als Acker- oder Gemüseland (sogenannte Gemeindeteile) zugewiesen⁶⁵⁶. Gemeinschaftliche Feldbestellung durch alle Rechtler ist zwar gleichfalls denkbar, aber – soweit bekannt – nirgends nachgewiesen.

V. Das Streurecht

Fast überall, wo Wald genutzt wird, sind die Rechtler auch berechtigt, Laub- und Nadelstreu vom Waldboden zusammenzurechen und eine ihrem Anteil entsprechende Menge davon als Einstreu oder Futter in ihrem Anwesen zu verwenden⁶⁵⁷. Streuberechtigungen treten mitunter als Nebenrechte von Waldweiderechten auf⁶⁵⁸. Die Streugewinnung erfolgt in aller Regel nicht jedes Jahr, sondern nur jeweils im Abstand mehrerer Jahre, wenn sich genügend Streugut angesammelt hat.

VI. Das Obst- und Geäckerichtsrecht

Manchmal verleihen GNRe die Befugnis, die Früchte von Obstbäumen oder Buchen, Eichen und anderen Waldbäumen zu ernten und einzusammeln.

1. Obstbaumnutzung

Die Obstbaumnutzung erstreckt sich auf bestimmte Obstbäume, die auf gemeindlichem Grund und Boden z. B. entlang von Straßen und Wegen oder auf Weideland stehen⁶⁵⁹. Die Rechtler erhalten in solchen Fällen meist jährlich durch das Los gewisse Bäume zur Aberntung zugewiesen. Mitunter werden die Obstbäume auch unter nachfolgender Verteilung des Erlöses

⁶⁵⁵ Vgl. auch Illig S. 48 unter Hinweis auf VGH 22/112

⁶⁵⁶ Beispiele: Gemeinde Workerszell, Landkreis Eichstätt, und gemeindefreier Oasing im Landkreis Uffenheim (vgl. oben § 8, II, Fußnote 216)

⁶⁵⁷ Beispiele in VGH 17/189, 48/92, 50/35 und 51/152

⁶⁵⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 6 FRG

⁶⁵⁹ Vgl. Koßmann S. 17 und BayGemVZ 1936/798–799 (Fall der „Westengemeinde“, wo die Rechtler allerdings Eigentümer der Obstbäume zu sein behaupteten). Weiteres Beispiel: ehemalige Ortschaft Dannhausen, Gemeinde Thalmannsfeld, Landkreis Weißenburg in Bayern.

an die Rechtler von der Gemeinde verpachtet („versteigert“). Sofern jedermann an der „Obstbaumversteigerung“ teilnehmen darf, liegt nur dann Ausübung von GNRe vor, wenn der Erlös nicht der Gemeinde, sondern den Rechtlern zufließt.

2. Wildobst-, Eichel- und Bucheckernnutzung

Vielerorts berechtigen die GNRe dazu, im Wald wilde Waldfrüchte, Eicheln, Bucheckern und dergleichen aufzulesen, um damit das Vieh zu füttern (Geäckerigs- oder Geäckerichtsrecht). Bis 1848 war dieses Geäckerichtsrecht Ausfluß des Jagdrechts⁶⁶⁰. Hatte der Fürst der Gemeinde z. B. in einem „Eichelbrief“ das Geäckerichtsrecht verliehen, so hatten die Rechtler, wenn sie Eicheln und Bucheckern lesen durften, ein Recht am Recht der Gemeinde. Mit der Beseitigung des herrschaftlichen Jagdrechts um die Mitte des 19. Jahrhunderts fiel auch das Geäckerichtsrecht an den Waldeigentümer zurück, von der Herrschaft ausgestellte Rechtstitel verloren ihre Grundlage. Wurden Geäckerichtsrechte weiterhin von den Gemeinderechtlern ausgeübt, so geschah dies fortan nicht mehr auf Grund etwaiger, inzwischen überholter Rechtstitel, sondern auf Grund rechtsbegründeten Herkommens.

Wenn die Berechtigten die Nutzung in der Weise ausüben dürfen, daß sie die Bucheckern, Eicheln usw. nicht selber auflesen müssen, sondern ihr Vieh, vor allem ihre Schweine, „in die Eicheln treiben“, damit das Vieh die Waldfrüchte an Ort und Stelle verzehre, wird von Mastungsrecht gesprochen⁶⁶¹.

VII. Das Fischnutzungsrecht

Daß GNRe auch zum Fisch- und Krebsfang berechtigen, ist eine verhältnismäßig seltene Erscheinung; denn im allgemeinen weist die sehr mannigfaltige Geschichte der bayerischen Fischerei keinen Zusammenhang mit der Gemeindennutzung auf. Nur in wenigen Dörfern findet sich deshalb eine Verknüpfung von Fischereirechten mit GNRe. Die Möglichkeit hierzu ist nach Art. 3 Satz 1 und Art. 10 des Fischereigesetzes (FiG) vom 15. 8. 1908 (BayBS IV S. 453) grundsätzlich gegeben. Art. 7 Abs. 1 FiG, wonach Fischereiberechtigungen, die vor 1908 von den Einwohnern oder von Angehörigen einer Gemeinde oder Ortschaft als solchen ausgeübt wurden, mit dem Inkrafttreten des Fischereigesetzes auf die Gemeinde übergingen, bezieht sich nicht auf Fischereirechte, die den Eigentümern einzelner Anwesen in der Gemarkung in ihrer Eigenschaft als Inhaber von GNRe zustehen und mit den betreffenden Anwesen radiziert sind⁶⁶².

Soweit Fischereirechte mit GNRe verbunden sind, treten sie in zweierlei Formen auf:

1. Fischnutzungsrechte an gemeindlichen Gewässern

Dort, wo die Gemeinde das Eigentum am Gewässer hat, die Inhaber von GNRe hingegen den Fischfang ausüben dürfen, handelt es sich um selbst-

⁶⁶⁰ Näheres siehe VGH 50/34

⁶⁶¹ Einzelheiten siehe Meisner S. 470–471, der jedoch hauptsächlich NRe nach bürgerlichem Recht im Auge hat.

⁶⁶² So Schmitt, Anm. zu Art. 7 FiG

ständige, grundstücksgleiche Fischereirechte nach Art. 3 und Art. 9 FiG⁶⁶³. In einigen Dörfern⁶⁶⁴ gibt es z. B. gemeindliche Fischweiher, deren Nutzung den Rechtlern zusteht⁶⁶⁵. Bei fließenden Gewässern (vgl. Art. 29 FiG), die im Eigentum der Gemeinde stehen, aber den Rechtlern vorbehalten sind, unterliegt deren Fischereiberechtigung als eine Form der Koppelfischerei (Zusammentreffen mehrerer Fischereirechte an derselben Gewässerstrecke) den besonderen Vorschriften der Art. 24–28 FiG.

2. Fischnutzungsrechte an gemeindlichen Fischereiberechtigungen

In einigen Orten hat die Gemeinde zwar nicht das Eigentum am Gewässer, wohl aber eine grundstücksgleiche Fischereiberechtigung, an der die Rechtlern ihrerseits berechtigt sind, indem die Ausübung des Fischfangs ihnen vorbehalten ist⁶⁶⁶. Derartige Fischerei-GNRe gibt es z. B. im Landkreis Hersbruck entlang der Pegnitz in den Dörfern Artelshofen, Enzendorf, Hartenstein, Rupprechtstegen, Lungsdorf, Engenthal und Hohenstadt⁶⁶⁷, doch ist teilweise ihre Ablösung bereits in die Wege geleitet.

VIII. Das Bodenbestandteilsnutzungsrecht

1. Grundsatz

GNRe beschränken sich im allgemeinen auf die Nutzung der Erdoberfläche und reichen nicht in die Tiefe. Werden z. B. auf nutzungsbelastetem Wald oder Weideland Steinbrüche oder Sandgruben erschlossen oder Bodenschätze gefunden, so gebührt der Ertrag der Gemeinde, nicht den Rechtlern; eine inhaltliche Umstellung der bisher geübten Wald- oder Weidenutzung auf die Entnahme von Bodenbestandteilen ist unzulässig.

Dennoch ist es nicht völlig ausgeschlossen, daß das Recht, Bodenbestandteile, die von jeher der Ergänzung landwirtschaftlicher Anwesen dienen, zu gewinnen, auf Grund eines Rechtstitels oder rechtsbegründeten Herkommens zuweilen auch mit GNRen verbunden ist. Derartige Fälle sind allerdings nicht allzu häufig, weil im mittelalterlichen Dorfverband in der Regel alle Dorfbewohner, auch die nicht vollberechtigten, gleichermaßen befugt waren, sich Steine, Sand, Kies usw. für den Eigenbedarf vom Gemeindeland (Allmende) zu holen. Die Übung, daß gemeindliche Steinbrüche, Sand- und Kiesgruben usw. jedem Gemeindeangehörigen – wenn auch ohne Rechtsanspruch – zur Deckung seines eigenen Bedarfs offen-

⁶⁶³ Vgl. Pagenkopf S. 78

⁶⁶⁴ Beispiel: Ortschaft Dannhausen, Gemeinde Thalmannsfeld, Landkreis Weißenburg in Bayern

⁶⁶⁵ Vgl. VGH 50/164 und Illig S. 48

⁶⁶⁶ Vgl. das Beispiel in VGH 18/127. BayBgm 1935/204 erwähnt den Fall eines drei Gemeinden gemeinsam zustehenden Fischereirechts, dessen Ausübung den Gemeinderechtlern zustand.

⁶⁶⁷ Vgl. die Akten der Regierung von Mittelfranken Nr. II/1 d-4065 n 3 (1963). Die Ausübung derartiger Fischereirechte richtet sich, da sie nicht der Gemeinde, sondern den Rechtlern zusteht, nicht nach Art. 30 FiG; man wird vielmehr bei fließenden Gewässern (stehende Gewässer sind nach Art. 23 und 29 FiG ausgenommen) auch hier einen Fall der Koppelfischerei annehmen müssen. Dies hat zur Folge, daß die Rechtlern nach Art. 27 FiG die Fischerei nur entweder in Person oder durch einen ständig hierfür aufgestellten Vertreter oder durch Verpachtung oder durch Anschluß an eine Fischereigenossenschaft ausüben können.

stehen, hat sich vielfach bis heute erhalten. Bestandteil eines GNRes ist die Befugnis, sich Steine, Sand, Kies, Lehm usw. zu holen, aber nur dort, wo sie nachweislich ausschließlicly den Rechtlern vorbehalten ist und ein Rechtsanspruch gegeben ist.

Die Erscheinung, daß die Nutzung eines Steinbruchs, einer Sandgrube oder einer Kiesgrube den Rechtlern allein zusteht, geht in manchen Orten darauf zurück, daß vor 1922 nutzungsbelastete Wald- oder Weideflächen der bisherigen Nutzungsart entzogen und in Steinbrüche, Sand- oder Kiesgruben umgewandelt wurden, wobei die Rechtler irrtilmlich an den Fortbestand ihrer Nutzungsbefugnis glaubten und in Zukunft die Ausbeute an Steinen, Sand oder Kies für sich in Anspruch nahmen. Wenn eine derartige Übung ununterbrochen seit 18.1.1922 andauert und auf Rechtsüberzeugung von Gemeinde und Rechtlern beruht, haben sich kraft rechtsbegründeten Herkommens GNRe entsprechenden Inhalts gebildet⁶⁶⁸.

Der Nachweis, daß die Rechtler die Bodenbestandteile wenigstens anfänglich in natura bezogen, ist nicht unbedingt erforderlich, weil NRe auch durch Verpachtung des Nutzungsgegenstandes an einen Dritten, z. B. an einen Unternehmer, ausgeübt werden können, wenn sich Gemeinde und Rechtler darüber einig sind, daß GNRe ausgeübt werden⁶⁶⁹. Wurde z. B. vor 1922 ein gemeindlicher Steinbruch durch einen Industriebetrieb auf einem Gelände, dessen Nutzung bisher den Rechtlern zustand, erschlossen und wurden die Erlöse aus der Verpachtung des Steinbruchs seitdem in der beiderseitigen Rechtsüberzeugung, daß GNRe an dem Steinbruch ausgeübt würden, jährlich an die Rechtler verteilt, so bestehen keine Bedenken, GNRe an jenem Steinbruch anzunehmen.

2. Arten der Bodenbestandteilsnutzung

Sofern GNRe auf Entnahme von Bodenbestandteilen gerichtet sind, handelt es sich meistens um die Ausbeute von Steinbrüchen⁶⁷⁰, Sandgruben⁶⁷¹, Kiesgruben, Torfstichen⁶⁷² oder Lehmgruben⁶⁷³, aber nie um Mineralien, die im Bergbau gewonnen werden.

IX. Zusammentreffen mehrerer Nutzungsbefugnisse

Manche GNRe sind ihrem Inhalt nach nur auf eine einzige Nutzungsbefugnis gerichtet, so z. B. nur auf Holz- oder Weidenutzung. Im Normalfall verleiht ein GNR aber mehrere der oben geschilderten Nutzungsbefugnisse zugleich, indem etwa Grundstücke verschiedener Kulturart (z. B. Wald und

⁶⁶⁸ Über GNRe an Steinbrüchen in den Gemeinden Mörsheim und Mühlheim, Landkreis Eichstätt, sowie Langenaltheim, Landkreis Weißenburg in Bayern, vgl. Dr. Müller-Burger, Die Solnhofer Plattenindustrie in Vergangenheit und Gegenwart, Leipzig und Erlangen 1926, S. 25 und 63 ff.

⁶⁶⁹ Vgl. oben § 8, A, I, 3

⁶⁷⁰ Vgl. Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 282 sowie die Erwähnung von Steinbezugsrechten in Art. 1 Abs. 6 FRG. Steinbruchs-NRe finden sich z. B. auch in der ehemaligen Ortschaft Himmerstall, Gemeinde Fürnheim, Landkreis Dinkelsbühl (Akten der Regierung von Mittelfranken Nr. II/1 d-4065 e 9-1943).

⁶⁷¹ Beispiel: ehemalige Ortschaft Dannhausen, Gemeinde Thalmannsfeld, Landkreis Weißenburg in Bayern.

⁶⁷² Vgl. das Beispiel in VGH 50/164

⁶⁷³ Vgl. die Aufzählung bei Illig S. 42 und 48

Wiesen) der Nutzung unterliegen oder Grundstücke derselben Kulturart für verschiedene Zwecke genutzt werden dürfen (z. B. Entnahme von Holz und Streu aus einem Waldgrundstück). Solange noch einige Rechtler alle diese Einzelbefugnisse ausüben, bleibt das GNR in vollem Umfang auch denen erhalten, die nur noch einen Teil der ihnen zustehenden Befugnisse ausüben; denn das GNR muß grundsätzlich – falls es im Ort nicht verschiedene Arten von GNRe gibt – für alle Rechtler gleichen Inhalt haben⁶⁷⁴.

Ein Katastereintrag, der auf „ein Gemeinderecht (Holzrecht) und ein Hutrecht“ lautet, besagt nicht, ob zwei verschiedene, selbständige NRe vorliegen oder ob es sich um zweierlei Teilbefugnisse ein und desselben GNRes handelt. Sind z. B. alle Rechtler auch weideberechtigt, wird man letzteren Fall annehmen. Deckt sich der Kreis der Weideberechtigten hingegen nicht mit dem der Holzrechtler, so spricht dieser Umstand für die Annahme des Bestehens verschiedener, gleichberechtigter Arten von NRe⁶⁷⁵.

§ 19 Die Bestimmung des Inhalts der Gemeindenutzungsrechte

I. Bestimmung des Inhalts durch Titel oder Herkommen

Welchen Inhalt die GNRe in einer Gemeinde haben, bemißt sich nach etwa vorhandenen Rechtstiteln, insbesondere alten, vor 1818 erlassenen sogenannten Gemeindeordnungen⁶⁷⁶, und in Ermanglung oder Ergänzung solcher Titel nach dem örtlichen Gewohnheitsrecht, das heißt nach dem seit 18. 1. 1922 bestehenden und auf Rechtsüberzeugung der Beteiligten beruhenden Herkommen⁶⁷⁷.

II. Ergänzende Heranziehung allgemeiner Grundsätze und Rechtsnormen

Läßt sich ausnahmsweise an Hand des Titels oder des örtlichen Gewohnheitsrechtes in einem Streitfall nicht zweifelsfrei ermitteln, welche inhaltlichen Befugnisse ein GNR gewährt, so muß der historische Zweck der GNRe, der wirtschaftlichen Ergänzung dörflicher Anwesen zu dienen, berücksichtigt werden⁶⁷⁸. Ergänzend können die Bestimmungen des Forstgesetzes (FoG), des Gesetzes über die Forstrechte (FRG), des Gesetzes über die Ausübung und Ablösung des Weiderechtes auf fremdem Grund und Boden (WeideG), des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1018 ff., 1105 ff. BGB z. B.), für Altbayern auch des 8. Kapitels des Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 und schließlich für die einstmals preußischen Gebiete Frankens auch des Preußischen Allgemeinen Landrechts (Teil I, Titel 22, §§ 80 ff. ALR)⁶⁷⁹ herangezogen werden, soweit sich daraus allgemeine Regeln über den Inhalt gleicher oder zumindest vergleichbarer Rechte ergeben⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ Vgl. oben § 10, I, 1 und II, 1 sowie VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307

⁶⁷⁵ Vgl. Urteil des VG Ansbach vom 20. 11. 1962 Nr. 3323-II/61

⁶⁷⁶ Näheres über solche Rechtstitel vgl. oben § 3, II, 2, c

⁶⁷⁷ Vgl. VGH n. F. 15/106 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. Mang (Heigl) S. 273

⁶⁷⁹ Vgl. Stadler S. 11

⁶⁸⁰ Ebenso Illig S. 49

III. Inhaltsbestimmung durch Vereinbarung

Infolge des in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO niedergelegten Verbots, GNRe neu zu begründen, liegt der Inhalt bestehender GNRe grundsätzlich fest und kann durch Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Rechtlern – weil dies einer Neubegründung von GNRe gleichkäme – nicht ausgedehnt, sondern höchstens eingeschränkt werden⁶⁸¹, indem z. B. alle Rechtler vertraglich auf die Ausübung eines Teils ihrer Nutzungsbefugnisse verzichten⁶⁸². Denkbar sind aber Fälle, in denen der Inhalt der GNRe zwar allgemein feststeht, aber in gewissen Einzelheiten Zweifeln unterliegt, so etwa in der Frage, ob bei Weiderechten, die der Zahl der Tiere nach gemessen sind, im Rahmen der zulässigen Höchstzahl fremde Tiere mitaufgetrieben werden dürfen. In solchen Fällen wird man die Beseitigung bestehender Unklarheiten durch Vergleich für zulässig erachten müssen, sofern keine Mehrbelastung der Gemeinde eintritt und ein Feststellungsprozeß vermieden wird. Vereinbarungen, die sich für die Rechtler nachteilig auswirken können, erfordern die Zustimmung sämtlicher Rechtler⁶⁸³.

IV. Unzulässigkeit einer Inhaltsbestimmung durch die Gemeinde

Die Gemeinde ist vom Gesetz nicht ermächtigt – vom Ablösungsbeschluß nach Art. 70 GO abgesehen –, den Inhalt von GNRe zu erweitern oder einzuschränken, auch nicht unter Berufung auf ihre Befugnis, die nutzungsbelasteten Grundstücke zu verwalten und zu bewirtschaften⁶⁸⁴. Entsprechende Bestimmungen einer Gemeindegatsatzung nach Art. 23, 24 GO wären unwirksam⁶⁸⁵. Bestehende Unklarheiten und Zweifel hinsichtlich des Inhalts von GNRe berechtigen die Gemeinde nicht dazu, durch Gemeindegatsratsbeschluß einseitig den Inhalt der GNRe festzulegen, weil jede Bestimmung des Inhalts den Bestand der GNRe berührt. Nur die Art und Weise der Ausübung, nie aber den Inhalt der GNRe, kann die Gemeinde in Zweifelsfällen verbindlich regeln⁶⁸⁶.

Hingegen ist es der Gemeinde nicht verwehrt, bei Streit über den Inhalt von GNRe durch Gemeindegatsratsbeschluß einer bestimmten Nutzungsbefugnis die Anerkennung zu versagen. Sind die Rechtler hiermit nicht einverstanden, bleibt es ihnen unbenommen, auf Leistung oder Feststellung zu klagen.

§ 20 Änderung des Inhalts von Gemeindenutzungsrechten

Zuweilen taucht die Frage auf, ob GNRe sich inhaltlich neuen Gegebenheiten anpassen und sich weiterentwickeln können. Illig⁶⁸⁷ bejaht dies, sofern Rechtsnatur und Wesen der GNRe unberührt bleiben und ihr Inhalt sich nicht wesentlich ändert⁶⁸⁸. Hierzu ist im einzelnen folgendes zu sagen:

⁶⁸¹ Einzelheiten siehe oben § 8, C, II

⁶⁸² Vgl. oben § 15, IV, 1, b

⁶⁸³ Vgl. Illig S. 75–76

⁶⁸⁴ Mißverständlich VGH n. F. 13/112

⁶⁸⁵ Vgl. Illig S. 54

⁶⁸⁶ Näheres siehe oben § 8, C, III; vgl. auch Kiefersauer S. 28–29

⁶⁸⁷ Illig S. 72–73

⁶⁸⁸ Ähnlich Helmreich-Widtmann, Anm. 10 zu Art. 68 GO

I. Grundsatz der inhaltlichen Unabänderlichkeit von GNRe

Grundsätzlich schließt das in Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GO niedergelegte Verbot, GNRe neu zu begründen, aus, daß GNRe ihren Inhalt wechseln oder sich um zusätzliche Nutzungsbefugnisse erweitern⁶⁸⁹. Der Inhalt der GNRe paßt sich nicht etwa automatisch den jeweiligen wirtschaftlichen Bedürfnissen der Berechtigten oder dem jeweiligen Stand der technischen Nutzungsmöglichkeiten an, er ist vielmehr grundsätzlich durch Titel oder Herkommen unabänderlich festgelegt⁶⁹⁰. Besondere Bedeutung hat dieser Grundsatz in zwei Fällen:

1. Änderungen in der Bewirtschaftung der belasteten Grundstücke

a) Völliger Wechsel der Kulturart

Häufig ändert sich durch bewußte Einwirkung oder natürlichen Zufall die Kulturart nutzungsbelasteter Grundstücke. So entsteht z. B. durch Aufforstung oder Anflug Wald, wo der Boden bisher als Weide oder Ackerland genutzt wurde. Umgekehrt wird zuweilen Wald gerodet und in Wiesen oder Äcker verwandelt, oder es werden Wiesen und Weiden umgepflügt und angebaut. Vielerorts wird auch auf Wald- oder Weideboden mit der Ausbeute von Steinen, Sand, Kies, Torf usw. begonnen. In all diesen Fällen geht mit Einstellung der bisher geübten Nutzungsart durch alle Rechtler das GNR hinsichtlich der betroffenen Nutzungsbefugnis unter⁶⁹¹, es sei denn, die Umstellung wäre rechtswidrig gewesen⁶⁹², ließe sich rückgängig machen und würde auch auf den Widerspruch der Rechtler hin tatsächlich rückgängig gemacht. Im letzteren Fall läge nämlich eine unschädliche, nur vorübergehende Unterbrechung in der Ausübung der NRe vor, die die Rechtler nicht zu vertreten hätten.

b) Umstellungen innerhalb derselben Kulturart

Umstellungen innerhalb derselben Kulturart haben, soweit es sich um Wald handelt, in der Regel für den Bestand der GNRe dieselbe Wirkung wie völliger Wechsel der Kulturart. Wird z. B. die Waldbewirtschaftung auf die Dauer in der Weise geändert, daß Mittel- und Niederlaubwald auf Nadelhochwald umgestellt wird, so wandeln sich HNRe grundsätzlich ihrem Inhalte nach nicht, sondern gehen unter, sofern sie in der bisher geübten Art und Weise im neuen Nadelhochwald nicht mehr befriedigt werden könnten⁶⁹³. Eine Weitergewährung von Holzbezügen nach vollzogener Umstellung wird man nur in den Fällen für zulässig ansehen können, in denen die HNRe als gemessene Rechte auf eine bestimmte jährliche Brennholzmenge lauten und aus dem neuen Nadelhochwald im Rahmen ordnungs-

⁶⁸⁹ Dem stimmen auch Illig S. 73 und Helmreich-Widtmann, Anm. 10 zu Art. 68 GO, zu

⁶⁹⁰ Vgl. VGH n. F. 15/106, 111 sowie VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307

⁶⁹¹ So Illig S. 74–75, Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 284; vgl. auch VGH vom 20. 1. 1960 in „Fundstelle“ 1960 Nr. 307

⁶⁹² Widersetzen sich die Rechtler einer Änderung, die ihre NRe zum Erlöschen bringen würde, so müssen ihre NRe zuvor nach Art. 70 GO abgelöst oder nach Art. 71 GO aufgehoben werden, andernfalls ist die Änderung unzulässig und verpflichtet die Gemeinde, wenn sie die Änderung in rechtswidriger Weise dennoch durchführt, zum Schadensersatz. Näheres siehe oben § 8, B, II, 2, a.

⁶⁹³ So VGH n. F. 15/112

gemäß der Bewirtschaftung hinreichend Brennholz zur Befriedigung der Rechte anfallen wird.

Bei Kultivierung von Weideland (Umwandlung zu Wiesen) erlöschen GNRe hingegen nicht⁶⁹⁴.

2. Erschließung zusätzlicher Erträge

Werden auf Grundstücken, die schon bisher mit NRe belastet waren, neue Erträge erschlossen (z. B. Anlegung eines Steinbruchs, einer Sandgrube, Anpflanzung von Obstbäumen usw.), ohne daß dies zu einer Einstellung der bisher geübten Nutzung führt, so bleibt dies gleichfalls auf den Inhalt der GNRe ohne Einfluß. Den Rechtlern gebührt kein Anteil an den neu erschlossenen Erträgen, weil dies eine unzulässige Erweiterung ihrer NRe bedeuten würde.

II. Wandlung des Inhalts von GNRe in Ausnahmefällen

Abweichend von dem Grundsatz der inhaltlichen Unabänderlichkeit der GNRe ist dennoch in Ausnahmefällen eine inhaltliche Änderung von GNRe möglich.

1. Kultivierung von Weideland

Wird Weideland durch Maßnahmen der Bodenverbesserung in Wiesen umgewandelt, so bleibt im Gegensatz zu den oben geschilderten Fällen einer Änderung in der Bewirtschaftung die bisher geübte Nutzung weiterhin möglich, weshalb die NRe in diesem Fall nicht untergehen. Es bestehen selbst dagegen keine Bedenken, daß die Nutzung mit Einverständnis aller Beteiligten von Weide- auf Grasnutzung umgestellt wird, das Gras also künftig gemäht und im Stall an das Vieh verfüttert wird. Eine derartige Umstellung berührt nämlich den nach wie vor auf Grasertrag gerichteten Inhalt der GNRe nur unwesentlich und bringt der Gemeinde keine Mehrbelastung, da die Ausgaben für die Kulturarbeiten nach Art. 69 Abs. 1 GO ohnehin von den Rechtlern zu tragen sind⁶⁹⁵.

2. Bildung neuen Herkommens

Hat die Änderung in der Bewirtschaftung, die einer weiteren Ausübung von GNRe an dem betreffenden Grundstück entgegenstand, vor dem 18. 1. 1922 stattgefunden, so kann sich im Einzelfall neues, rechtsbegründetes Herkommen gebildet haben, wonach der Inhalt der GNRe nunmehr der geänderten Bewirtschaftung und Nutzung angepaßt ist. Die in VGH n. F. 15/112 vertretene Auffassung, daß inhaltliche Änderungen von NRe seit 1818 (§ 26 GE 1818) überhaupt ausgeschlossen seien und die in Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO für die Begründung neuen Herkommens festgesetzte Dreißigjahresfrist nur die Zeitspanne der Nachprüfung betreffe, nicht aber das Erfordernis der Unabänderlichkeit des Herkommens geändert habe, begegnet

⁶⁹⁴ Vgl. unten § 20, II, 1

⁶⁹⁵ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 5. 10. 1957 Nr. 2222 ff-II/55; ebenso im Ergebnis Illig S. 75

erheblichen Bedenken. Wenn auf dem Weg über Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO sogar die Entstehung neuer GNRe anerkannt werden muß, die sich im Widerspruch zu früherem Recht vor 1922 gebildet hatten, so müssen erst recht bloße inhaltliche Änderungen, wenn sie vor 1922 das Herkommen abänderten, anerkannt werden.

3. Umwandlung von Holznutzungsrechten

Oben unter § 18, I, 1, a wurde bereits dargetan, daß sich der Brennholz-begriff gewandelt hat. Infolgedessen haben HNRe, die auf Brennholz lauten, heute insofern, als sie jetzt nur zum Bezug von Holz, das nicht oder nicht besonders gut zur industriellen Verarbeitung geeignet ist, berechtigen, einen geänderten Inhalt⁶⁹⁶.

Auch in anderen Fällen, in denen eine dem Titel oder Herkommen gemäßige Gewährung der Holzbezüge aus Gründen der Waldbewirtschaftung nicht mehr möglich ist, erscheint es zulässig, daß HNRe in Anlehnung an Art. 16 FRG durch Vereinbarung der Gemeinde mit den Rechtlern⁶⁹⁷ auf den Bezug anderer, für den gleichen Verwendungszweck geeigneter Holzarten umgestellt werden. Eine solche Umstellung wird allerdings dann, wenn der gesamte Wald auf eine andere Bewirtschaftungsart⁶⁹⁸ umgestellt wird, in der Regel nicht mehr möglich sein⁶⁹⁹.

4. Inhaltliche Einengung

Inhaltliche Änderungen von GNRen können sich schließlich auch daraus ergeben, daß einzelne Nutzungsbefugnisse durch Aufhebungsvertrag, einseitigen Verzicht, Teilablösung, Teilaufhebung (Art. 71 GO) oder Unterbrechung der Ausübung durch sämtliche Rechtlern untergehen, denn eine Einschränkung des Inhalts von GNRen ist im Gegensatz zur Erweiterung jederzeit zulässig.

⁶⁹⁶ Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 25. 9. 1959 Nr. 3204–72–II/57

⁶⁹⁷ Eine Umwandlung gegen den Willen der Rechtlern ist allerdings nicht möglich, weil Art. 16 FRG gemäß Art. 13 Abs. 1 FRG ausdrücklich das Grundrecht des Eigentums einschränkt und in Art. 28 ff. FRG die Entscheidung einer Forstrechtsstelle vorgesehen ist, während die GO ähnliche Bestimmungen nicht enthält (a. M. Illig S. 42). Aus den gleichen Gründen muß auch die von Illig a. a. O. als anwendbar bezeichnete Umwandlung von Waldweiderechten analog Art. 17 FRG abgelehnt werden, bei der ein Teil des Waldes gerodet und ausschließlich zur Weide bestimmt wird, während das Weiderecht am verbleibenden Wald erlischt. Eine derartige Trennung von Wald und Weide kann, weil sie einer Ablösung gleichkommt, auch nicht vereinbart werden.

⁶⁹⁸ Vgl. oben § 20, I, 1, b (Umstellung auf Nadelhochwald)

⁶⁹⁹ Vgl. VGH n. F. 15/112

Schlußwort

Die Beschäftigung mit dem Wesen und Inhalt der GNRe zeigt, daß es sich bei diesen eigenartigen, in so vielfältigen Formen auftretenden und in der Gegenwart oft umstrittenen alten Rechten um ein Stück Rechts- und Wirtschaftsgeschichte des altbayerischen, fränkischen und schwäbischen Bauerntums handelt. Es ist daher verständlich, daß die Landbevölkerung zäh an diesen, gerade im Zeitalter der Modernisierung und Rationalisierung zur Ergänzung der kleinen und mittleren bäuerlichen Betriebe so lebenswichtigen Rechten festhält und alle Versuche der Nachkriegszeit nach 1945, die GNRe als überholte oder gar unsoziale Einrichtung abzuschaffen, abgewehrt hat. Die GNRe sind für die Berechtigten ein wichtiger Bestandteil ihres Vermögens und ihres Anwesens. Sie können nicht lediglich deshalb für unzeitgemäß erklärt werden, weil sie nicht jedermann im Dorf gleichermaßen zustehen, denn es ist im heutigen Rechtsstaat, der Eigentum und Erbrecht gewährleistet, eine durchaus selbstverständliche Erscheinung, daß bäuerliche Betriebe verschieden groß sind, weil etwa der eine mehr von seinen Vätern ererbt hat als der andere. Den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umschichtungen der Landbevölkerung nach dem letzten Kriege wurde durch die Gesetzgebung weitgehend Rechnung getragen (vgl. z. B. die Strukturänderungsmaßnahmen im „Grünen Plan“ und die Lastenausgleichsgesetzgebung). Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß die Rechtler ihre Verpflichtung, zu den Lasten und Ausgaben, die auf dem belasteten Grund und Boden ruhen, beizutragen, oft durch persönliche Arbeitsleistung erfüllen, wozu jene, die gleiches Nutzungsrecht für alle fordern, vielfach nicht bereit sein werden.

Um die GNRe für die Zukunft der politischen Auseinandersetzung zu entziehen und Beeinträchtigungen von Seiten derer zu verhüten, die für das Wesen dieser geschichtlich gewachsenen Rechte kein Verständnis haben, kann es sich in solchen Gemeinden, in denen bereits ein erheblicher Teil der Bevölkerung nicht mehr in der Landwirtschaft tätig ist, empfehlen, von der gesetzlich gegebenen Möglichkeit der Ablösung und Aufhebung gegen Entschädigung in Grundstücken in stärkerem Maße als bisher Gebrauch zu machen. Eine Ablösung wird mitunter auch dort anzustreben sein, wo die mit Nutzungsrechten belasteten Grundstücke in eine Flurbereinigung einbezogen werden sollen, oder dort, wo ein Übergang von der bisher geübten Weidewirtschaft auf eine intensivere Bewirtschaftung des Gemeindelands geboten erscheint. In den übrigen Gemeinden jedoch sollte nicht unbedingt auf Ablösung gedrungen werden, weil die Einrichtung der Gemeindennutzungsrechte in überwiegend bäuerlichen Gemeinden vielfach eine Klammer bildet, die die Dorfgemeinschaft zusammenhält, das bäuerliche Zusammengehörigkeitsgefühl stärkt und den Gemeinsinn fördert.

**Zusammenstellung einiger im Zusammenhang mit der Gemeindenutzung
mancherorts noch gebräuchlicher älterer Ausdrücke:**

Beisassen	arme Leute, Tagelöhner, die kein GNR haben
Gemeinheitsteilung	Aufteilung gemeindlicher Allmendegrundstücke an die Nutzungsberechtigten zu Privateigentum oder wenigstens zu abgesonderter Einzelnutzung auf unabsehbare Dauer
Gert	Gertstange als Längenmaß 3,48 m (mancherorts auch 3,90 m) lang; Gert = eine mit der Gertstange ausgemessene und zum Abholzen bestimmte Waldfläche (z. B. 12 Gertstangen lang, 1 Gertstange breit, örtlich verschieden); Gert (Gertanteil) = ideeller Anteil an der Holznutzung, Holznutzungsrecht, oder Recht auf Zuweisung einer Gertfläche zur Abholzung
Gnadenhäusler	Hauseigentümer ohne GNR (vgl. Leer- und Tropfhäusler)
Gütler	Kleinbauern, die in der Regel kein GNR oder nur Bruchteilsrechte haben (ähnlich Häusler, Söldner, Seldner, Köbler, doch bestehen in manchen Gegenden genaue Abstufungen und Unterschiede innerhalb dieser Gruppe nichtvollberechtigter Bauern)
Häusler	vgl. Gütler
Hufe (Hube)	bäuerliches Anwesen mit Ackerland und Berechtigung an der Allmende
Hüfner (Hübner)	Landwirt mit vollem Nutzungsrecht (Halbbauern und Halbhüfner hatten z. B. nur halbe GNRe)
Hubrecht	bäuerliches Nutzungsrecht, das mit dem Hof radiziert ist (GNR)
Hutwasen	der Gemeindenutzung unterliegendes Weideland
Klafter	als Längenmaß: 1,70 m als Raummaß: je nach Scheitlänge 80–150 Kubikfuß Holz
Köbler	vgl. Gütler
Körperschaftswald	Wald, der als Teil der Allmende einst der gesamten Dorfgemeinschaft gehörte, aber später nicht auf die politische Gemeinde überging, sondern Eigentum der Nutzungsberechtigten Bauern blieb.
Lagerbuch	öffentliches Buch, in dem die einzelnen Grundbesitzungen und deren dingliche Belastungen im Bereich einer Gemeinde verzeichnet waren

Lohe, Löhe	Holzanteil
Leerhäusler	Hauseigentümer ohne GNR
Mahel (Mogel)	Gemeindeversammlung
Öchsleinwiese	Wiese, die dem Bullenhalter von der Dorfgemeinde zur Nutzung überlassen wird (ebenso Hummelwiese)
Rug	Bestrafung
Salbuch	Buch der mittelalterlichen Grundherrschaft, in dem der einzelne Grundbesitz mit Abschriften aller Grunderwerbsurkunden aufgezeichnet war
Seldner, Söldner	vgl. Gütler
Ster	1 Kubikmeter aufgeschichtetes Holz mit Einschluß der holzleeren Zwischenräume
Tropfhäusler	Hauseigentümer, dessen Besitz nur soweit reicht, als der Regen von der Dachtraufe fällt, und der in aller Regel kein GNR hat
Wasen	der Gemeindenutzung unterliegendes Weideland (Bestandteil der Allmende)
walzend	ohne Bindung an ein bestimmtes Anwesen frei übertragbar

SACHVERZEICHNIS

Die Zahlen geben die Seitenzahl wieder. **Fettgedruckte Zahlen** kennzeichnen die hauptsächliche Fundstelle.

A

- Abbruch** des Anwesens 22, 92, 93, 94
- Abfindung** siehe Entschädigung
- Abgaben** für Nutzungsgrundstücke 46
- Abgrenzung** der GNRe von anderen NRen 28 ff.
- Ablösung**
 - nach Art. 70 GO 115 ff.
 - von Besoldungsleistungen 116
 - dinglicher Rechte 119 ff.
 - als Enteignungsfall 75
 - Erfüllung der Ablösungsvereinbarung 124 ff.
 - nach früherem Recht 114 ff.
 - innerhalb der Ortsgemarkung 117
 - kirchlicher NR 26
 - von NRen an dinglichen Rechten 119 ff.
 - von NRen der Kirchen- oder Pfarrpfründestiftung 116
 - Rechtsnatur der Ablösung 116, 117, 122
 - nach der Verordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung 115
 - durch Vertrag 111, 112 ff.
 - als Verwaltungsakt 116, 117
 - von Weiderechten 31
- Ablösungsvergleich** 120
- Absolutheit** der GNRe 79
- Abstufungen** in der Nutzung 73, 85
- Abtretung**
 - des Anwesens für öffentliche Zwecke 93, 94
 - von Forderungen aus dem GNR 39, 106
 - des GNRes: siehe Übertragung
- Abwehransprüche** 37 Fußnote 222, 38
- Ackernutzungsrechte** 38, 39
 - Ausübung 48, 49, 59
 - Bereithaltungspflicht der Gemeinde 53
 - Inhalt 139
- Änderung**
 - der Kulturart 47, 50, 85, 86, 87, 126, 127, 145, 146
 - des Inhalts von NRen 144 ff.
- Allgemeines Landrecht (ALR)**
 - als Rechtstitel 11
 - ergänzende Heranziehung 143
- Allmende**
 - Aufteilung 8
 - Begriff 4, 129
 - Eigentumsverhältnisse 4 ff., 6
 - Schicksal 6, 7
- Almweiderechte** 60 Fußnote 316, 103, 136 Fußnote 652
- Alpenbrief** 11
- Alter** des Rechtstitels 12
- Altenteilsverträge** 106 Fußnote 515
- Analoge Anwendung**
 - bürgerlich-rechtlicher Vorschriften 37 ff., 39, 143
 - forstrechtlicher Bestimmungen 143
 - des Weidegesetzes 137
- Anderweitige Verwendung** der Nutzungen 90
- Aneignungsrecht** 38, 39
- Anerkennung** von NRen
 - Voraussetzungen 8, 9 ff.
 - Zuständigkeit 32
- Anfechtung**
 - des Ablösungsbeschlusses 33, **123**
 - der Aufhebungsentscheidung 32, 33, 128
 - von Gemeinderatsbeschlüssen 33
 - rechtsaufsichtlicher Anordnungen 32 Fußnote 196
 - der Versagung der Genehmigung zur Zerstückelung 105
- Anfechtungsklage** der Rechtler 33
- Angeforstete Gebäudeteile** 136
- Angleichungsverordnung** 8, 9
- Annahme** von Ersatzleistungen 41
- Anordnungen**
 - der Gemeinde 48
 - der Rechtsaufsichtsbehörden 31, 32
 - der Verwaltungsgerichte 33
- Anteil** an den noch unverteilten Gemeindegründen 7, 67, 130
- Anteilige Kürzung** der Nutzung 55, 68, 85, 89, 127
- Anteilsnatur** der GNRe 67 ff.
- Ansprüche** der Gemeinde 52
- Ansprüche** aus dem GNR
 - Abtretung 106
 - gegen Dritte 76 ff.
 - gegen die Gemeinde 39 ff, 76
 - auf gleichmäßige Behandlung und anteilige Berücksichtigung 77, 78
 - gegen Mitrechtler 77 ff.
 - gegen Nichtrechtler 79, 80
- Anwesen** als Grundlage der GNRe 21 ff.
- Anweisung** der Nutzungen 47, 53, 54
- Anzeichen** für Rechtsnatur der GNRe 28 ff.
- Arten** von NRen 72, 73, 74, 129 ff.
- Astholz** 136
- Aufforstung** 46, 50, 89, 145
- Aufgabe** der Landwirtschaft 22, 91

Aufhebung von GNRen

- nach Art. 71 GO: 125 ff.
- bei Bewirtschaftungswechsel 86, 126, 127
- als Enteignungsfall 75
- nach früherem Recht 114 ff.
- an Teilflächen 68, 112, 113, 127
- durch Vertrag 111 ff.

Auflassung 125**Aufopferungsanspruch 57, 58, 75****Aufsichtsbehörden 31 ff.****Aufteilung der Allmende 8****Auftrieb fremder Weidetiere 138****Ausgaben für die Nutzungsgrundstücke und die Nutzungsgewinnung 45 ff., 52****Ausgemeindung 19, 28****Auslegung von Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO: 9 ff.****Ausmärkische Anwesen und Gebiete 18****Ausmaß der Nutzung 68, 80 ff.****Außergerichtlicher Vergleich 29****Außerordentliche Erträge 87 ff.****Ausübung der GNRe**

- Art der Ausübung 41, 47
 - durch Dritte 14, 90, 106 ff.
 - Regelung 59 ff.
 - schonende Ausübung 37, 47
 - tatsächliche Ausübung 14
 - einer Teilbefugnis 14, 72, 73, 82, 143
- Auswärtige als Berechtigte 21, 61, 62, 107**

B**Bargeld als Gegenstand der Nutzung 41, 133****Baufall 82****Bauholz**

- Anweisung 54, 59, 82
- für nichtlandwirtschaftliche Bauten 82
- Verwendung im eigenen Anwesen 89, 90
- Verwendung innerhalb der Gemarkung 19

Bauholzrecht 136

- Beschränkung auf den Bedarf 82, 83, 86, 89
- Festmessung 83
- Geltendmachung durch Dritte 107
- Übertragung 100
- Umfang 82, 83, 86, 89
- ununterbrochene Ausübung 15, 82
- Verjährung 42
- Verzicht 82

Bauplatz 22, 95**Bauten auf Nutzungsgrundstücken 50, 126****Bayerisches Landrecht 4****Beanstandungen rechtswidriger Gemeinderatsbeschlüsse 31****Bedarf der Gemeinde**

- Verhältnis zu den GNRen 40, 53, 83
- Berücksichtigung bei Aufhebung von GNRen 127 ff.

Bedarf der Rechtler

- als Maßstab der Nutzung 37, 54, 55, 80 ff., 99, 100

Beeinträchtigung von GNRen 45 ff., 49 ff., 55 ff., 75 ff., 86**Befriedigung bei Pfändung und Verpfändung von GNRen 110****Befugnisse der Rechtler: siehe Nutzungs-befugnisse****Begriff**

- der GNRe 1
- des Herkommens 13
- des Rechtstitels 10

Behinderung siehe Beeinträchtigung**Beiladung im Prozeß über GNRe 33, 34****Beischlagsrecht 107****Beitrag des einzelnen zu Lasten, Ausgaben und Gegenleistungen 68****Beiträge für nutzungsbelastete Grundstücke 46****Beitritt zu Rechtlervereinigungen 67****Benutzungsrechte 134, 135****Bereicherung der Gemeinde 57****Berufsgenossenschaft****Beiträge 46****Beschränkung**

- der Nutzungen auf den Eigenbedarf: siehe Bedarf
- in der Verwendung der Nutzungen: siehe Verwendung

Besiedlung siehe Siedlungsmaßnahmen**Besitzrecht 38, 79, 80****Besitzschutz 80****Besoldungsleistungen 24, 25 ff., 54, 105****Bestandteil des Anwesens 20 ff.****Bestellung von dinglichen Rechten am Nutzungsgrundstück 50, 51 Fußnote 275****Beteiligung**

- der Rechtsaufsichtsbehörden 31, 32
- am Rechtsstreit 33, 34

Betriebsgenossenschaft 124**Betriebsvermögen 130, 132, 133, 134****Bevorzugte GNRe 40 ff.****Bewegliche Sachen als Gegenstand der Nutzung 133****Beweis für Herkommen 17****Beweislast 9****Bewilligungen als Titel 11****Bewirtschaftung****ordnungsgemäße Bewirtschaftung 54, 55, 86 ff.****Bewirtschaftungsart****Änderung 47, 50, 85, 86, 87, 126, 127, 145, 146****Bewirtschaftungsrecht der Gemeinde 47, 48****Bodenbestandteilsnutzung**

- Ähnlichkeit mit Grunddienstbarkeit 37
- Ausübung 49

- Bemessung 84
- Inhalt 141, 142
- Zulässigkeit 134, 135
- Zuweisung durch die Gemeinde 53
- Bodenschätze** 135, 141, 142
- Bodenverbesserungsausgaben** 46
- Brand** des Anwesens 22, 93, 94
- Braurecht** 134, 135
- Brennholzbezug** 39, 54, 136
- Bringschuld** 54
- Bruchteilsrechte** 68
 - Häufung 91, 92
- Bucheckernutzung** 84, 138, 140
- Bürgerlich-rechtliche Nutzungsrechte** 18, 19, 27 ff.
- Bürgerlich-rechtliche Vorschriften** siehe analoge Anwendung
- Bürgerrechtsgebühr** 43
- Bullenhaltung** 25 Fußnote 159
- Bundesfernstraßen Verlegung** über Nutzungsgrundstücke 126

C

- Codex Maximilianeus Bavaricus civilis** 6
- Fußnote 40, 81 Fußnote 402, 143

D

- Dauer**
 - der Ausübung 13
 - der Zugehörigkeit der Grundstücke zum Gemeindevermögen 36
- Definition** siehe Begriff
- Dekrete** als Rechtstitel 10
- Deutsche Gemeindeordnung** 1935: 6, 8
- Dienstbarkeit** siehe Grunddienstbarkeit
- Dienstleistungen** als Gegenleistungen für die Nutzung 43
- Dingliche Natur** der GNRe 37 ff.
- Dingliche Rechte an Grundstücken**
 - Ablösung daran bestehender GNRe 119 ff.
 - Bestellung durch die Gemeinde 50, 51 Fußnote 275
- als Gegenstand der Nutzung 37, 130, 131 ff.
- Dorfgemeinschaft**
 - Aufgaben und Stellung 3, 4
 - Entstehung 2
 - wirtschaftliche Verhältnisse 2 ff.
- Dorfordnungen** als Rechtstitel 10, 11
- Dotationen** siehe Besoldungsleistungen
- Dreißigjährige Ausübung** 13
- Dritte**
 - als Anspruchsgegner 76 ff.
 - als Nutzungsempfänger 14, 90, 106 ff.
- Drittwirkung** der GNRe 76 ff., 132
- Düngungskosten** 46
- Dürre** 55
- Dürholzuteilung** 40

E

- Edikte**
 - Gemeindeedikte 1808 und 1818/34: 6, 8, 9
 - Rechtstiteleigenschaft 10
- Ehehaftsrechte** als Rechtstitel 11
- Ehhaftsordnungen** als Rechtstitel 11
- Eichelnutzung** 84, 138, 140
- Eigenbedarf** siehe Bedarf
- Eigentum**
 - an der Allmende 4 ff., 6
 - der Gemeinde an einer berechtigten Haus- und Hofstätte 63
- Eigentumserwerb** an den Nutzungen 38, 39
- Eigentumsgenossenschaft** 124
- Eigentumsschutz** 74 ff.
- Einbeziehung** weiterer Grundstücke 9
- Einengung** radizierter GNRe auf einen Teil der Haus- und Hofstätte 21, 92
- Einfache GNRe** 40 ff.
- Einfluß** der Rechtler im Gemeinderat 48
- Eingemeindung** 19
- Eingliederung** siehe Eingemeindung
- Eingriffe** in das GNR 45 ff., 49 ff., 55 ff., 75 ff., 86
- Einräumung** neuer GNRe 8 ff.
- Einschränkung**
 - gemessener GNRe 55, 68, 85, 89, 127
 - durch teilweise Aufhebung 125 ff.
 - durch Vertrag 112, 113
 - von Weiderechten 85
- Einstweilige Anordnungen**
 - der Rechtsaufsichtsbehörden 31, 32
 - der Verwaltungsgerichte 33
- Einzelablösung** siehe Einzelaufhebung
- Einzelansprüche** siehe Ansprüche
- Einzelbefugnisse** siehe Nutzungsbefugnisse
- Einzelrechte** siehe Individualrechtsnatur
- Enteignung** 75, 76, 117
 - in Form der Ablösung 117
 - nach allgemeinen Vorschriften 128, 129
 - durch andere Hoheitsträger 126, 128, 129
 - in Form der Aufhebung 125
- Enteignungsgleicher Eingriff** 57, 58, 75, 76
- Entgelt** für die Nutzung 43, 45
- Entschädigung**
 - bei Ablösung nach Art. 70 GO: 120 ff.
 - bei Aufhebung nach Art. 71 GO: 127
 - in Grundstücken 112, 117, 121 ff.
 - bei rechtswidrigen Maßnahmen der Gemeinde 49, 55 ff., 75, 76, 145
 - Streit über die Art und Höhe 123 ff.
 - bei vertraglicher Aufhebung 111 ff.
- Entstehung** der GNRe 2 ff.
- Entwässerungskosten** 46
- Erbfolge** 20, 92, 104

Erfüllung

- der Ablösungsvereinbarung 124 ff.
- der gemeindlichen Leistungspflicht 53
- öffentlicher Aufgaben 125

Erlaß von Verpflichtungen der Rechtler 52**Erlöschens der gemeindlichen Verpflichtungen** 55**Ersatz für die Nutzung** 41**Ersatzvornahme** 31**Erweiterung**

- der Ortsgemarkung 19
- des Rechtlerkreises 62

Espan 129**F****Fähigkeit, Rechtler zu sein** 62 ff.**Fährrechte** 134**Fälligkeit**

- der Entschädigungspflicht bei Ablösung 122
- der Gegenleistungen 45
- der Nutzungen 39

Fahrtrechte 134**Faustregel** 112, 113, 121**Festmessung**

- bei Bauholzrechten 83
- bei ungemessenen Rechten 85

Feststellungsinteresse 32**Feststellungsklagen** 32, 33**Fiduziarische Übertragung des GNRes** 109**Finanzierung dringender Gemeindeverordnungen** 40, 87**Fischereirechte** 130, 131 Fußnote 614, 134 140, 141**Fixierung siehe Einengung****Fleckensordnung als Rechtstitel** 10 Fußnote 58**Fliegende GNRe** 17, 20, 95**Flurbereinigungsgesetz** 129**Flurstücksnummer** 126, 130**Forderungen**

- aus dem GNR siehe Ansprüche
- als Gegenstand eines GNRes 133

Forstaufsicht 7, 46, 48 Fußnote 265, 53, 86**Forstgesetz**

ergänzende Heranziehung 143

Forstrechte

- als Gegenstand der Nutzung 131 ff.
- der Gemeinde: siehe dingliche Rechte
- am Staatswald 28, 131 ff.

Forstrechtsgesetz

ergänzende Heranziehung 143

Forstwirtschaft

- Forstwirtschaftsplan 48, 86
- Regeln gesunder Forstwirtschaft 86, 87

Fortbestand abgelöster GNRe zugunsten der Gemeinde 63, 112**Freidörfer** 3, 4**Freirechte** 73**Freiwerden der Gemeinde von ihrer Leistungspflicht** 55**Freiwillige Ablösung oder Aufhebung** 111 ff.**Freiwillige Verteilung von Nutzungen** 40**Freiwilliger Verzicht siehe Verzicht****Fuhrhlöhne** 46**G****Gänseweiderecht** 138**Gastwirtschaft mit GNR** 22**Geäckerichtsrecht** 138, 140**Gebäude siehe Bauten****Gebühr bei Übergang des berechtigten Anwesens** 43, 45**Gegenleistungen** 42 ff., 52**Gegenstand der Nutzung** 35 ff., 37, 130 ff.**Geh- und Fahrtrecht** 134**Geld**

- als Gegenstand der Nutzung 133
- als Schadensersatz 56

Gelderlöse an Stelle von Naturalbezügen 41, 70, 81, 90, 107**Geldforderung aus dem GNR** 41, 81, 90, 107**Geltendmachung der Ansprüche aus dem GNR** 32 ff., 76, 77**Gemarkung****Begriff** 2

Verwurzelung der GNRe in der

Gemarkung 2, 18 ff., 93, 94

Gemein (Dorf-gemein) 4**Gemeinde**

- bedarf 40 ff.
- bedienstete 25
- briefe als Rechtstitel 11
- bürgereigenschaft 21, 23 ff.
- diener 25
- edikte 1808 und 1818/34: 6, 8, 9
- als Eigentümerin eines berechtigten Anwesens 63
- freie Gebiete 18
- grenzänderungen 19, 28, 35
- grundteilungen 8
- hirte 25 Fußnote 158
- ordnung 1869: 8, 9
- ordnung 1927: 8, 9
- ordnungen als Rechtstitel 11, 143
- rat (Einfluß der Rechtler) 48
- rechnungen 17
- als Rechtler 63
- Satzungen zur Regelung der Nutzung 60, 61, 144
- satzungen als Rechtstitel 11
- schreiber 25
- statuten als Rechtstitel 11
- teile 59, 139
- verband 6, 17 ff., 27, 35
- vermögens 35 ff.

Gemeindliche Einrichtungen mit NR 24
Gemeindliches Verwaltungs- und Bewirtschaftungsrecht 47 ff.
Gemeingebruch 133
Gemeinschaftliche Ausübung der GNRe 68
Gemeinschaftliche Nutzung 54
Gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Gemeinden 36
Gemeinwohl als Aufhebungsgrund 126, 127
Gemessene GNRe 84 ff., 86, 87, 88, 89, 100, 127, 138
Gemüselandnutzung 39, 139
Genehmigung
 – der Satzung der Waldgenossenschaft 118, 124
 – der Übertragung 94
Genossenschaft der Rechtler 67
Genossenschaftliches Miteigentum der Rechtler 4, 7
Gesamtgläubigerschaft 64
Gesamthandsberechtigung 63 ff., 102
Gesamthandseigentum an der Allmende 4, 6, 7
Gesamthandsgenossenschaft 4, 7
Gesamtschuldnerische Haftung der Rechtler 45, 68
Geschichte der GNRe 1 ff.
Gesellschaft bürgerlichen Rechts 67
Gerber-NRe 23
Gertrechte 59 Fußnote 313, 84
Gewerbetreibende mit GNR 62 Fußnote 326, 91
Gewerbliche Verwendung der Nutzungen 91
Gewinnung der Nutzung
 Ausgaben für die Gewinnung 46
Giltherrschaft 3
Gläubiger (Hypothekengläubiger)
 Zustimmung bei Ablösung und Übertragung 103, 118, 119
Gleichbehandlungsgrundsatz 74
Grasnutzung 139
Grenzänderungen 19, 28, 35
Großmarken 2, 18, 36
Grubenholz 136
Grünfütternutzung 139
Grundbucheintrag
 – als Anzeichen für öffentlich-rechtliche NRe 28
 – als Beweis für Rechtsüberzeugung 16, 17
 – als Hilfsmittel bei Bestimmung des Umfangs der NRe 130
 – als Rechtstitel 12
 – Wortlaut 67, 130
Grunddienstbarkeiten 28, 29, 37
Grundherr als Rechtler 25
Grundherrschaft 3, 4, 5
Grundpfandrechte
 Erstreckung auf die GNRe 20

Grundschuld 20, 103
Grundsteuer 46
Grundstück
 – als Gegenstand der Nutzung 131
 – als Grundlage des radizierten GNRes 21 ff.
Grundstücksabfindung 112, 117, 118, 121 ff., 128
Grundstücksgleiche Rechte 20
Güterwald 7

H

Häufung von GNRen 91 ff., 94 ff.
Hand- und Spanndienste 43
Handwerker mit GNR 91
Harznutzung 137
Haus- und Hofstätte als Grundlage des GNRes 21 ff.
Herausgabe unrechtmäßig bezogener Nutzungen 47
Herkömmlichkeit der Gegenleistungen 44
Herkommen 13 ff.
Herrschaftliche Beamte mit NRen 26
 Fußnote 169
Herrschaftliche NRe 22, 24, 25
Herrschaftsverhältnisse 21
Heunutzung 139
Hirte
 Entlohnungspflicht der Rechtler 46
 Hirte der Rechtler 64
 NR des Hirten 25 Fußnote 158
Hirtenhaus 64, 130, 138
Hirtenzwang 137
Hochspannungsleitung 51, 56, 126
Höhe
 – des Schadensersatzes 57
 – der Entschädigung bei Aufhebung 128
Höhere Gewalt 55, 85
Hofgemeinde 3
Hofteilung 21, 104, 105
Holzabgaberegister als Rechtstitel 12
Holzfällerlöhne 46
Holztrieb zur Finanzierung gemeindlicher Vorhaben 40, 50, 51, 87
Holznutzungsarten 135 ff.
Holznutzungsrechte als reallastähnliche Rechte 38
Holzordnung 11, 60
Hordenschlagsrecht 138
Hutrecht 143
 siehe im übrigen Weiderecht
Hypothek
 Erstreckung auf die GNRe 20, 120
 Zustimmung des Gläubigers zu Übertragung und Ablösung 103, 118, 119

I

Identität von Rechtler und Dorfgemeinde 65
Individualrechtsnatur der GNRe 34, 52, 54, 63 ff., 69, 102

Indizien für die Rechtsnatur von NRe 28 ff.

Inhalt von GNRe

Änderung des Inhalts 144 ff.

Bestimmung des Inhalts 143, 144

möglicher Inhalt 129 ff.

Inhaltsgleichheit der GNRe innerhalb der Gemarkung 73, 74, 112

Irrtümliche Nutzung 17

J

Jagdrecht 15, 130, 135, 140

Juristische Personen als Inhaber eines GNRes 21, 63, 96, 98

Jus compasculationis 137

K

Kahlschläge 50, 51, 87, 88, 89

Kalkbrandholz 136

Kantor 25 ff.

Katasteranlage 6, 7

Katastereintrag

Bedeutung 67, 74, 130, 143

Beweiskraft 16, 17

— als Indizie für öffentlich-rechtliche

Natur der NRe 28

— über Rechtlereigentum 7

Kiesgrubenanlage

Zulässigkeit 127

Kiesnutzung 16, 135, 141, 142, 145

Kirchenstiftung mit GNRe 24

Kirchenverband 24, 25, 26

Kirchliche Amtsträger mit NR 24, 25 ff.

Kirchliche Einrichtungen mit NR 24

Klafter 84

Klagegegner 32

Klassen von Rechtlern 72, 73, 74, 85, 86

Kodifikation von Ausübungsregelungen 61

Köbler 61

Königsfreie Bauern 3

Körperschaftswaldungen 7

Kommunalbraurecht 134

Koppelfischerei 141

Kosten des Nutzungsgegenstandes 46

Krebsfang 140

Kürzung von GNRe 55, 68, 85, 89, 127

Küster mit NR 25 ff.

Kultivierung von Weideland 146

Kulturart siehe Bewirtschaftungsart

L

Lage des belasteten Grundstückes 18

Lagerbücher 12

Landesherr 2

Landesrecht als Rechtstitel 10

Landratsamt

Beteiligung 31 ff.

Landrecht Kaiser Ludwigs des Bayern 4

Land- und hauswirtschaftliche Verwend-
ung der Nutzungen 91, 97

Landwirtschaft

(Unabhängigkeit des GNRes vom Betrieb der Landwirtschaft) 22, 62, 91, 98

Lastentragungspflicht 45 ff., 52

Leerhäuser 22, 61

Lehmnutzung 142

Lehrer mit NR 26

Leistungsklagen 33

Leistungspflicht der Gemeinde 53 ff.

Leistungsstörungen 39, 58

Leistung Zug um Zug 52

Lichtholz 136

Lohnzahlungspflicht der Rechtlr 46

Löschungsbewilligung 126

Löhrindenutzung 23, 137

M

Mark (Markung) 2, 17

Markgenossenschaft 2

Markungsgebundenheit der GNRe 18 ff., 92, 99

Maß der Nutzung 68, 73, 80 ff., 84 ff.

Maßnahmen der Gemeinde 48, 54

Mastungsrecht 140

Mehrheitsbeschlüsse der Rechtlr 41, 46, 69 ff., 118

Menge siehe Maß

Mesner mit NR 25 ff.

Metzger mit NR 23

Miteigentum mehrerer Gemeinden 36, 48

Miteigentumsanteile der Nutzungs-
berechtigten 4, 6, 7, 67

Mineralien 135, 141, 142

Müller mit NR 62 Fußnote 326

N

Nachforderung von Nutzungen 42

Nachtwächter mit NR 25

Nachweis

— der geschichtlichen Entwicklung 1

— des Herkommens 17

— der Radizierung 23

Naturalanspruch aus dem GNR 41, 83, 84

Naturalrestitution 56

Naturereignisse 55, 87 ff., 93, 94

Nebengebäude 95

Nebenpflichten der Gemeinde 55

Neubau 22, 82, 92, 93, 94

Neubegründungsverbot 8 ff.

Nichtlandwirte 22, 62, 91, 96, 98

Nichtrechtlr

Ansprüche gegen Nichtrechtlr 79, 80

Ausschluß vom Ablösungsverfahren 118

Einfluß in der Dorfgemeinde 65, 66

Streitigkeiten mit Nichtrechtlern 34

Wahrnehmung der Belange der Nicht-
rechtlr 31

Nießbrauch 28, 29

Nießbrauchsvorschriften 38
Notarielle Urkunden 17
Nürnberger Reichswald 4 Fußnote 28
Nutzanteil 7, 67, 130
Nutzholz 136, 137
Nutzungsbefugnisse
 Arten 134, 135 ff.
 Zerlegungsverbot 71 ff.

O

Objekt der Nutzung 35 ff., 37, 130 ff.
Öffentlich-rechtliche Bewilligungen als Rechtstitel 11
Obstbaumnutzung 139, 140
Öffentlich-rechtliche Natur
 – der GNRe 27 ff.
 – als Rechtstitel 10
Örtliche Einrichtung mit NR 23 ff.
Ordnungsgemäße Bewirtschaftung 54, 55, 86 ff.
Organist mit NR 25 ff.
Ortschaften
 Bildung und Auflösung 6
 Vermögen 36, 37
Ortsnutzungsrechte 17, 27
Ortsgemarkung 2, 6, 17, 18 ff., 36, 93, 94
Osing 18 Fußnote 114, 36 Fußnote 216, 139 Fußnote 656

P

Pachtverträge siehe Verpachtung
Papierholzbezug 136
Passivlegitimation bei Nutzungsrechtsstreitigkeiten 34
Persönliche GNRe 20, 23 ff., 105, 106
Personalgemeinde 5, 65
Pfändung
 – von GNRen 108 ff.
 – von Nutzungsansprüchen 111
Pfarrer mit GNR 25 ff.
Pfarrpfündestiftung 24
Pferdrecht 43, 138
Pferdeweiderecht 138
Pflichten
 – der Gemeinde 53 ff.
 – der Rechtler 42 ff.
Pflugholzrechte 137
Politische Gemeinde 5 ff.
Positive Forderungsverletzung 55, 58
Preußisches Allg. Landrecht 11, 143
Privilegien als Rechtstitel 11
Prozeßkosten 46
Purifikationswälder 7 Fußnote 46

Q

Qualifizierte GNRe 40 ff.

R

Radizierte GNRe 20 ff.
Raubbauverbot 86, 87, 88

Realberechtigung 20
Realgemeinde 6, 7, 66, 124
Reallasten 28, 29
Reallastvorschriften 38
Rechte der Gemeinde 47
Rechtleraussschuß 66
Rechtlereigenschaft 62 ff.
Rechtlergemeinschaft
 Rechtsnatur 65 ff.
Rechtlergenossenschaften 66
Rechtlerklassen 72, 73, 74, 85, 86
Rechtlervereinigungen 54, 66, 67
Rechtlervorstand 66
Rechtmäßigkeit gemeindlicher Maßnahmen 49, 50
Rechtsanspruch auf Nutzung 39, 40
Rechtsaufsichtsbehörden
 Beteiligung bei Ablösung 118, 124
 Beteiligung bei Aufhebung 125
 Überwachungsfunktion 31 ff., 86
Rechtsirrtümliche Nutzung 17
Rechtskräftige Entscheidungen 12, 29, 41
Rechtskraftwirkung 33, 34, 64, 77
Rechtsnatur
 – der Ablösung 116, 117
 – der Ansprüche gegen Mitrechtler 78, 79
 – gemeindlicher Maßnahmen und Anordnungen 49, 54
 – gemeindlicher Schadensersatzpflichten 57
 – von Mehrheitsbeschlüssen 71
 – der Rechtlergemeinschaft 65 ff.
Rechtsschutzbedürfnis 34, 77, 78
Rechtstitel 9 ff.
Rechtsüberzeugung 15, 16
Rechtsverkehr mit GNRen 91 ff.
Rechtsvermutung bezüglich der Natur von NRen 28
Rechtsweg
 – bei Ablösungsstreitigkeiten 122 ff.
 – bei Aufhebungsstreitigkeiten 128
 – bei Streitigkeiten über GNRe im allgemeinen 32 ff., 34 ff., 58, 59, 77, 79
Rechtswidrigkeit gemeindlicher Maßnahmen 49, 50, 51
Reichsdörfer 3, 4
Reichsgewalt 2
Reisigwellen 84, 136
Reskripte als Rechtstitel 11
Rindenutzung 23, 136, 137
Rinderweiderecht 55, 138
Rodung 50, 145
Rückerstattung bezogener Nutzungen 47
Ruhen von GNRen 129

S

Salbücher 12
Salzrecht 131
Sandgrubenanlegung 47, 50, 127, 141, 145, 146

Sandnutzung 16, 49, 84, 133, 135, **141**, **142**
Satzung
 – als Rechtstitel 11
 – zur Regelung der Nutzung 60, **61**, 144
 – der Waldgenossenschaft 118, **124**
Schadensersatzansprüche
 – gegen die Gemeinde 42, 49 ff., **55 ff.**, 76, 80, 89, 145
 – gegen Mitrechtler 77, 78
 – wegen Nichterfüllung von Rechtlerpflichten 52
Schädlingsbefall 55, 87 ff.
Schäferei siehe Schafweide
Schäfereistabrecht 138
Schafgemeinden 24
Schafordnung 11, 60, 61 Fußnote 320
Schafscheune 130, 138
Schafweide 55, 81, 130, 131 Fußnote 615, **138**
Schenkungsbrief als Rechtstitel 11
Schleißholz 136
Schmälerung der GNRe
 – durch die Gemeinde 45 ff., 49 ff., **55 ff.**, 75 ff., 86
 – durch Mitrechtler 77, 78
Schmied mit GNR 23
Schuldverhältnis Gemeinde-Rechtler 27, 39 ff., 47 ff.
Schulen mit GNR 24
Selbständigkeit der Rechtlergemeinschaft 66
Selbstverwaltung 4
Seldner (Söldner) 61
Servituten 28, 29, 37, 133, 134
Sicherheitsleistung für Wiederaufforstungskosten 89
Siedlungsmaßnahmen als Aufhebungsgrund 126
Sonderrechtsnatur der GNRe 61 ff.
Sorgfaltspflichten der Rechtler 47
Sorten von GNRen 72, 73, 74, 129 ff.
Staatliche Forstaufsicht 46, 48 Fußnote 265, 53, 86
Staatsforstberechtigungen 28, 131 ff.
Steinbrucharlegung 47, 50, 127, 141, 145, 146
Stennutzung 49, 133, 135, **141**, **142**, 145, 146
Ster 84
Steuergemarkung (Steuergemeinde) 18
Steuerliquidationsprotokolle 12
Stimmrecht aus dem GNR 63, 68, 112, 118
Stockholz 136
Störungsklage
 – der Gemeinde 52
 – der Rechtler 37, 77, 78
Straßenbau auf Nutzungsgrund 126
Streitgegenstand 34
Streitgenossenschaft 33, 34
Streitigkeiten siehe Rechtsweg

Streurechte 19, 37, 47, 48, 49, 53, 54, 59, 84, 90, **139**
Subjektiv-dingliche Natur der GNRe 20
Subjektiv-öffentliches Recht auf Nutzungen 39, 40
Surrogation 133

T

Tatsächliche Ausübung der GNRe 14
Teilablösung 72, 73, 112, 113, **119**
Teilaufhebung 68, 112, 113, 127
Teilung
 – der Allmende 8
 – des Anwesens 21, 104, 105
Teilverjährung einzelner Nutzungsbefugnisse 72, 83
Teilverzicht 14, 72, 83, 113, 144
Teilweise Ausübung des GNRes 14, 72, 73, 83, 143
Titel siehe Rechtstitel
Torfnutzung 49, 84, 135, **142**, 145
Totengräber mit NR 25
Tränkrechte 134
Tropfhäusler 22, 61

U

Überlassung des GNRes zur Ausübung 14, 90, **106 ff.**
Übertragung
 – von Almweideredten 103
 – von Einzelbefugnissen 71
 – von GNRen 18, 19, **91 ff.**
 – persönlicher NRe 105, 106
 – der Verwaltung und Bewirtschaftung auf die Rechtler 48
Überschwemmung 55
Überwachungsfunktion der Rechtsaufsichtsbehörden 31 ff., 86
Umfang der Nutzung 68, 73, 80 ff., 84 ff.
Umgestaltungsverbot 38
Umstellungen
 – in der Heizung 81
 – in der Landwirtschaft 81, 90
 – in der Nutzungs- und Kulturart 47, 50, 85, 86, 87, 126, 127, **145**, **146**
 – in der Waldbewirtschaftung 87, 90, 145
Umwandlung
 – der Bewirtschaftungsart 47, 50, 85, 87, 126, 127, **145**, **146**
 – gemessener GNRe 85, 86
 – von Holznutzungsrechten 147
 – des Inhalts von GNRen 146
 – des Nutzungsanspruches in eine Geldforderung 41
 – von Nutzungsrechten nach der VO zur Förderung der Nutzholzgewinnung 115
 – öffentlich-rechtlicher NRe 95
 – des Wohnhauses 22, 98
Unabänderlichkeit der GNRe 145

- Unbebautes Grundstück** 21
- Unerlaubte Handlungen der Gemeinde** 57, 58
- Unfreiheit der Bauern** 3
- Ungeessene GNRe** 38, 68, 73, 83 ff., 87, 88, 100, 113, 121
- Ungerechtfertigte Bereicherung** 57
- Unmöglichkeit der Leistung** 39, 58
- Unteilbarkeit der GNRe** 71 ff., 112
- Unterbrechung der Ausübung** 14, 15, 129
- Untergang**
 - abgelöster GNRe 122
 - radizierter GNRe 22
- Unterhaltung von Straßen und Wegen** 43, 46
- Unterlassungsklage**
 - der Gemeinde 52
 - der Rechtler 37, 38, 77, 78
- Ununterbrochene Ausübung** 14, 15
- Unvordenkliche Verjährung** 13
- Unwiderruflichkeit des Nutzungsanspruchs** 39, 40
- Urkunden**
 - als Indizien für Rechtsnatur von NRen 29
 - als Rechtstitel 10
- Urteile**
 - über die Rechtsnatur von NRen 29
 - als Rechtstitel 12

V

- Veränderung** siehe Änderung
- Veräußerung**
 - des Anwesens 20, 92
 - belasteter Grundstücke 50, 127
 - des Feldbesitzes 22
 - der Nutzungen durch die Gemeinde 41, 81, 90
 - der Nutzungen durch die Rechtler 70, 89, 90, 100
- Verbot**
 - der Neubegründung von GNRen 8 ff.
 - der Veräußerung von Nutzungen nach auswärts 90
- Verbindung der GNRe mit dem Anwesen** 20 ff.
- Vereinbarung**
 - über die Ausübung der GNRe 60, 69
 - über Entschädigung 120 ff., 127
 - über den Inhalt der GNRe 144
 - als Rechtstitel 11
- Vereinigung**
 - zweier Anwesens 92
 - der Rechtler 54, 66, 67
- Verfassungsmäßigkeit von Art. 68 Abs. 2 Satz 1 GO:** 13
- Verfügung über GNRe** 64, 65
- Verfügungsrecht der Gemeinde** 49
- Vergleich**
 - bei Ablösung 120
 - über Inhalt und Umfang der Nutzung 144
 - über die Rechtsnatur von NRen 29
 - als Rechtstitel 11, 12
- Verhältnisgrundsatz** 127
- Verjährung**
 - der Einzelansprüche 42, 72
 - von Gegenleistungspflichten 72
 - gemeindlicher Ansprüche 52
 - von Titelrechten 12
 - unvordenkliche 13
- Verkauf** siehe Veräußerung
- Verlegung des GNRes** 91
- Verlosungen** 59 Fußnote 313, 139
- Vermessungskosten** 46
- Vermögen ehemaliger Ortschaften** 36, 37
- Vermögenswert der GNRe** 74 ff.
- Vermutung** siehe Rechtsvermutung
- Verordnung**
 - zur Förderung der Nutzholzgewinnung vom 30. 7. 1937: 8, 115
 - als Rechtstitel 10
- Verpachtung**
 - des Anwesens 20, 107
 - des GNRes 106 ff.
 - der Nutzung durch die Rechtler 69
 - der nutzungsbelasteten Grundstücke durch die Gemeinde 14 Fußnote 77, 35, 41, 50, 57, 70, 81, 107
 - von Weiderechten 108
- Verpfändung**
 - einzelner Nutzungsansprüche 111
 - des GNRes 108 ff.
- Verpflichtungen**
 - der Gemeinde 53 ff.
 - der Rechtler 42 ff., 45 ff.
- Verschulden der Gemeinde** 56
- Versteigerung des Anwesens** 20, 92
- Vertragliche Ablösung und Aufhebung** von GNRen 111 ff.
- Verträge** siehe Vereinbarungen
- Vertreter**
 - der Gemeinde 56
 - der Rechtler 66 ff.
- Verwaltungsakte**
 - der Gemeinde 49, 54, 103, 116, 117, 122
 - der Rechtsaufsichtsbehörden 32, 125, 127
- Verwaltungsgerichte**
 - Zuständigkeit 32 ff., 58, 59, 79, 122 ff., 128
- Verwaltungs- und Bewirtschaftungsrecht der Gemeinde** 47, 48
- Verwaltungs- und Nutzungsordnung**
 - bei Almweiderechten 60 Fußnote 316
- Verwaltungsvermögen** 130, 132, 133
- Verwendung**
 - außerordentlicher Erträge 87 ff.
 - der Nutzungen 89 ff., 91, 97, 98
- Verwurzelung der GNRe im Gemeindeverband** 17 ff., 27, 35

Verzicht

- auf einzelne Nutzungsbefugnisse 72, 73, 113
- auf Nutzungen 15, 72, 73, 111 ff., 113, 144
- auf Rechtlerleistungen 52
- auf Schadensersatz 51
- Verzug** 39, 52, 58
- Viehauftrieb** 80, 81
- Viehzahl** 80, 81
- Vollrechte** 68
- Vorbehalt der Nutzung** 20
- Vorrang der GNRe gegenüber dem Gemeindebedarf** 40, 41
- Vorteil des berechtigten Anwesens als Maßstab des Nutzungsumfangs** 37, 54, 55, 80 ff., 99, 100

W

- Waldabfindung** siehe Grundstücksabfindung
- Waldarbeiten** 45 ff., 59
- Waldaufseher mit NR** 25
- Waldbewirtschaftung durch die Gemeinde** 48, 53
- Waldbrand** 55, 87 ff.
- Waldgenossenschaft** 112, 113, 118, 124
- Waldordnungen** 11, 60, 61, 86 Fußnote 425
- Waldschutz** 46
- Waldtaxe** 43
- Waldweiderecht** 53, 138, 139
- Walzende GNRe** 17, 20, 95
- Wandlung** siehe Umwandlung
- Wasserbezugsrecht** 133, 135
- Wechsel** siehe Änderung
- Wegerecht** 134
- Weidegesetz** 137
- Weidegrunddienstbarkeit** 30
- Weiderecht**
 - Ablösung 31
 - Art und Weise der Ausübung 48, 49, 59
 - Ausübung durch Dritte 107 ff.
 - Begriff und Inhalt 39, 137 ff.
 - der Gemeinde als Gegenstand der Nutzung 131
 - an der Gesamtflur 30, 131
 - Rechtsnatur 30, 31
 - Umfang 53, 55, 80, 81, 84
 - Verwandtschaft mit der Grunddienstbarkeit 37
- Weideordnung** 60, 61
- Weidetiere** 138
- Weistümer** als Rechtstitel 11
- Weisungen der Rechtsaufsichtsbehörden** 31 ff.
- Wellen (Reisig)** 84, 136
- Werkholz** 137
- Wichtiger Grund für Übertragung und Häufung von GNRen** 95 ff.

Widerrufliche Bewilligung von Nutzungen 40

- Wiederaufbau des zerstörten Anwesens** 22, 92
- Wiederaufforstung** 46, 50, 89, 145
- Wiesennutzung** 48, 49, 59, 138
- Wildobstnutzung** 140
- Windbruch** 40, 55, 87 ff., 136
- Wipfelholz** 136
- Wirtschaftspläne** 46, 86
- Wohnhaus** als Grundlage des GNRes 21 ff.
- Wohnsitz des Berechtigten** 21, 62
- Wohnungsbau** siehe Siedlungsmaßnahmen

Z**Zehntherrschaft** 3

- Zerlegung des GNRes in Einzelbefugnisse** 71 ff.
- Zerstörung des Anwesens** 22, 92, 93, 94
- Zerstückelung von GNRen** 92, 93, 94, 100, 103 ff.
- Ziegenweiderecht** 138
- Zins für die Nutzung** 43
- Zivilgerichte (Zuständigkeit)** 32 ff., 34 ff., 58, 59, 77, 80, 122 ff., 128
- Zivilrechte** als Rechtstitel 11
- Zivilurteile** 27, 29
- Zuchttierhalter** 25 Fußnote 159
- Zugehörigkeit der Grundstücke zum Gemeindevermögen** 35 ff.
- Zugordnung der Weidetiere** 138
- Zulässigkeit**
 - gemeindlicher Maßnahmen 49 ff.
 - von Mehrheitsbeschlüssen 69 ff.
 - von Übertragung und Häufung 95 ff.
- Zurückbehaltungsrecht** 52
- Zurückerstattung bezogener Nutzungen** 47
- Zuständigkeit** siehe Rechtsweg
- Zustimmung**
 - der Gemeinde zu Übertragung und Häufung 95 ff.
 - der Gemeinde zu Zerstückelung 104, 105
 - des Hypothekengläubigers zur Übertragung und Ablösung 20, 21, 103, 118, 119
 - der Mitrechtler zu Übertragung und Häufung 95 ff.
 - der Rechtler zu gemeindlichen Maßnahmen 49, 50, 52
- Zuteilung der Nutzungen** 47, 53 ff.
- Zuweisung der Nutzungen** 47, 53 ff.
- Zwangsversteigerung** siehe Versteigerung
- Zweckbindung der Nutzung** 91
- Zwölfergerichte** 4

Lebenslauf

Am 29. November 1935 wurde ich in München als Sohn des Schriftstellers Emil Vorbeck und seiner Ehefrau Eva, geb. Godlowsky, geboren. Meine Eltern wohnen seit meiner Geburt in Dettenheim bei Treuchtlingen (Landkreis Weißenburg i. Bay.). Von 1942 bis 1946 besuchte ich die Volksschule in Dettenheim und anschließend von 1946 bis 1954 das Humanistische Gymnasium der Benediktiner in Ettal. Im Juni 1954 bestand ich dort die Reifeprüfung und studierte sodann in den Jahren 1954 bis 1958 an den Universitäten Köln, Bonn, London (University College) und München Rechtswissenschaft. Am 16. Januar 1959 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung ab. Vom 1. März 1959 bis zum 30. September 1962 leistete ich im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg und Regierungsbezirk Mittelfranken meinen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar und bestand am 8. Mai 1963 die zweite juristische Staatsprüfung. Am 4. Juni 1963 wurde ich als Regierungsassessor an der Regierung von Mittelfranken in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen. Mit Wirkung vom 24. Februar 1964 wurde ich von der Regierung von Mittelfranken in Ansbach an das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus nach München versetzt. Durch Urkunde vom 12. Juni 1964 wurde ich zum Regierungsrat ernannt. Am 29. August 1964 heiratete ich Fräulein Gisela Kempf.

Michael Vorbeck

